Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichen Lehrer der Rechte auf der Königl. Preußischen Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Dritten Theils erste Abtheilung.

Zweyte durchaus verbesserte Auflage.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm

1806.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Lib. II. Tit. I.

De

Iurisdictione.

§. 184.

Begriff der Gerichtsbarkeit im Sinn des römischen Rechts.

Da die Gesetze, ihrer eigentlichen Natur und Absicht nach, nichts weiter als von dem, was in den mannigfaltigen Verhältnissen des gesellschaftlichen Lebens Recht und Unrecht ist, die allgemeinen Regeln enthalten; so ist in einzelnen Fällen, da über das Mein und Dein ein Streit entsteht, rechtliche Bestimmung durch richterliches Urtheil um so mehr erforderlich, je weniger ausserdem der Zweck der bürgerlichen Gesellschaft, Sicherung und Schutz der bürgerlichen Rechte, zu erreichen wäre. Zu dem Ende ist nun im Staat eine öffentliche Gewalt angeordnet, deren Wirksamkeit darin bestehet, die Gesetze auf die einzelnen Fälle mit Bestand anzuwenden, und nach Maasgabe derselben nicht nur über das Mein und Dein einzelner Partheyen vermittelst eines Urtheils das, was Recht oder Unrecht ist, zu bestimmen, sondern auch dasselbe vermittelst äusserlichen Zwanges zu handhaben. Eine solche

im Staat festgesetzte bürgerliche Gewalt wird Gerichtsbarkeit, *Iurisdictio* im allgemeinen Sinne, genennt [1]).

Diese Gerichtsbarkeit kann aus einem zweyfachen Gesichtspuncte betrachtet werden. Erstens als ein Recht, welches der höchsten Gewalt im Staate wesentlich zukommt. Zweytens als eine von der höchsten Gewalt im Staate verliehene Befugniß. In jener Rücksicht macht die Gerichtsbarkeit einen Theil der oberrichterlichen Staatsgewalt aus, und besteht in dem Rechte, gegebene Handlungen der Unterthanen, in sofern dabey von der Bestimmung des Rechts selbst die Frage ist, nach den Gesetzen des Staats rechtsgültig zu beurtheilen [2]). Diese Gerichtsbarkeit wird die

1) Die Lehre von der Jurisdiction überhaupt haben vorzüglich abgehandelt: *Io. Andr.* HANNESEN in Diss. de iurisdictione. *Goettingae* 1750. 4. Friedr. Georg Aug. Lobethan Versuch einer systematischen Entwickelung der ganzen Lehre von der Gerichtsbarkeit der weltlichen sowohl als der kirchlichen. Halle 1775. 8. und besonders *Iul. Frid.* MALBLANC Conspectus rei iudiciariae Romano germanicae. *Norimbergae* et *Altdorfii* 1797. 8. Unter den ältern Schriftstellern verdient auch noch *Matth.* STEPHANI Tract. de iurisdictione, qualemcunque habeant omnes iudices, tam seculares, quam ecclesiastici. *Francofurti* 1623. 4. angeführt zu werden. Die Schriften von der römischen und teutschen Jurisdiction werden am gehörigen Orte bemerkt werden.

2) S. Joh. Jac. Moser von der Landeshoheit in Justizsachen. Frankfurt und Leipzig 1773. 4. Sieber von der Macht der Reichsstände, selbst Recht zu sprechen. Göttingen 1784. Vorzüglich Gönner von der landesherrlichen Gewalt in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und ihren Einschränkungen, in Desselben Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses. 1. Band. (Erlangen 1801. 8.) Nr. I.

die höchste oder oberherrliche Gerichtsbarkeit, *iurisdictio eminens*, *sublimis*, s. *territorialis* genannt, und stehet in Teutschland dem Kaiser, und den Reichsständen in ihrem Lande zu. Von dieser ist im teutschen Staatsrechte umständlicher zu handeln [3]) Hier betrachten wir die Gerichtsbarkeit als ein von der höchsten Gewalt im Staate verliehenes Recht.

So wenig ich nun mit Tirius [4]) dafür halte, daß das römische Recht in der Lehre von der Gerichtsbarkeit heutiges Tages keinen Gebrauch mehr habe, indem die tägliche Praxis das Gegentheil vor Augen legt [5]), so wichtig ist doch wegen der großen Verschiedenheit der römischen und teutschen Staatsverfassung der Unterschied zwischen der römischen und teutschen Gerichtsbarkeit, ohne dessen genaue Kenntniß Verwirrung in dieser wichtigen Lehre unver-

3) S. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts. 2. Band. §. 261. ff. Schnauberts Anfangsgründe des Territorialstaatsrechts §. 317. ff. Die davon handelnden Schriften sind in der Pütterschen Litteratur des StaatsR. 3. Th. §. 1158 — 1160. u. 1228. und Hrn. Hofr. Klübers neuen Litteratur des teutschen Staatsrechts S. 323. ff. angeführt.

4) in Iure privato Lib. VIII. Cap. X. §. 14. Man sehe dagegen COCCEJI Ius civ. controv. h. t. Qu. 29. und die gelehrte Anmerkung des Hrn. Prof. Emminghaus in der neuen Ausgabe des COCCEJI Tom. I. *Lipsiae 1791.* pag. 188. not. u.

5) S. Schnauberts Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. 2. Th. Nr. II. §. 6. S. 112. ff.

meidlich ist [6]). Ich will nun zuerst von der römischen Gerichtsbarkeit [7]) handeln.

Die Römer nahmen den Ausdruck IURISDICTIO bald im engeren bald im ausgedehnteren Sinn.

A) Im engern und eigentlichen Sinne des römischen Rechts heißt IURISDICTIO, die einer obrigkeitlichen Person vermöge ihres Amts (*iure magistratus*) zustehende Befugniß, bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nach den Gesetzen zu untersuchen und

6) Von den Folgen des Mißbrauchs der römischen und teutschen Begriffe von der Jurisdiction ist neuerlich in einer Schrift sehr ausführlich gehandelt worden, welche den Titel hat: Einige Bemerkungen über den Einfluß der ältern Begriffe von der Gerichtsbarkeit auf heutige Sitten und Gesetze. Leipzig 1791. 8.

7) Die vorzüglichsten Schriften über die Lehre von der römischen Jurisdiction sind, ausser *Ger.* NOODT, welchen unser V. schon angeführt hat, *Ant.* GOVEANI adversus Eguinarium Baronem de imperio et iurisdictione Commentarii. *Ienae* 1596. 8. *Lud.* CHARONDAE de iurisdictione et imperio libellus. *Paris.* 1554. rec. *Halae* 1771. (in *Thes. Otton.* Tom. I. pag. 844.) *Arn.* VINNII liber de iurisdictione et imperio. *Lugd. Batavor.* 1644. et inter EIUSDEM Tractatus quinque. *Franequerae* 1690. 4. pag. 98. sqq. *Scip.* GENTILIS de iurisdictione libri III. *Francof.* 1613. 8. *Ant.* QUINTANADUEGNAS Tr. de iurisdictione et imperio apud MEERMANNUM in *Thes. iur. Rom. et Canon.* T. II. *Guil.* MARANUS de iurisdictione, in *Oper.* T. II. *Tolosae* 1684. *Ios.* FINESTRES lib. de iurisdictione et imperio magistratuum tam urbanorum quam provincialium, *Cervariae Lacetanor.* und *Ge. Christ.* GEBAUERI Commentat. academ. de iurisdictione secundum doctrinam Romanor. eiusdemque doctrinae in Germania usu. Edit. 2da. *Lipsiae* 1733. 4.

und zu entscheiden, oder auch, wenn es bey der Entscheidung eines Rechtsstreits noch auf die Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatumstände ankommt, den Partheyen einen Richter zu bestellen [8]). Wir bemerken hierbey folgendes.

I) Alle römische Gerichtsbarkeit in diesem strengen Sinne genommen, stand der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, immer als ein öffentliches Amt (*iure magistratus*) zu [9]). Denn nur gewisse Personen waren öffentlich dazu bestellt, daß sie die Jurisdiction ausüben sollten [10]). Diese hießen daher *magistratus*. Eine Gerichtsbarkeit, welche jemandem ohne Rücksicht eines öffentlichen Amtes erb-

8) In der *L. 3. D. h. t.* am Ende sagt Ulpian ganz ausdrücklich: Iurisdictio est etiam *iudicis dandi licentia*, und es ist kein hinreichender Grund vorhanden, diese Stelle mit *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. Lib. III. cap. I. pag. 202. für corrupt zu halten. S. HOTOMANNUS lib. VII. Observat. c. 16. WISSENBACH ad Pandect. h. t. §. 33. und besonders *Io. Guil.* MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. lib. II. cap. 7. pag. 221. seq. Wenn in der *L. 12. §. 1. D. de iudic.* gesagt wird, die Bestellung eines iudicis geschehe von den magistratibus, quibus id *more* concessum est, *propter vim imperii*, so ist dies eben so viel als vi sui magistratus, s. suae potestatis. S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. Tit. de iudiciis ad L. 12. cit. not. l. pag. 179.

9) *L. 1. pr. D. de officio eius, cui mandata est iurisd.*

10) Mit Recht sagt daher *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdict. et imperio Lib. I. Tit. 2. nr. 7. (in *Thes. Meerm.* T. II. p. 217.) Quod dicitur: *Iure magistratus*, hanc vim habet, quasi delato Magistratu muneris potestate ac lege iurisdictio concessa intelligatur.

und eigenthümlich zustehen kann, war den Römern völlig unbekannt. Eine Bemerkung, die zur richtigen Anwendung der römischen Gesetze von der Jurisdiction von großer Wichtigkeit ist.

II) Die Jurisdiction im eigentlichen Sinn des Römischen Rechts war blos auf die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten beschränkt [11]). Denn dies ist der eigentliche Sinn des Ausdrucks *ius dicere*, Recht sprechen [12]). Gewöhnlich verfügte jedoch eine römische Magistratsperson nur dasjenige, was zur Einleitung des Processes gehörte, und bestellte alsdann, wenn die Entscheidung der Sache auf der Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatumstände beruhete, den Partheyen einen Judex. Dies war die gewöhnliche Verfahrungsart (*ius ordinarium*). In gewissen Fällen aber mußte der Prätor selbst cognosciren, und den Ausspruch thun (*decernere*). Ein solches Verfahren hieß *cognitio extraordinaria*, wovon Lib. L. Tit. 13. der Pandecten nachzusehen ist. Die römische Jurisdiction im eigentlichen Sinne des Pandectenrechts äusserte

11) *L. 1. §. 9. et 10. D. de op. novi nunciat.* — Quid aliud agebat Praetor, quam hoc, ut controversias litigatorum dirimeret. Daß auch schon zu den Zeiten der freyen Republic der Begriff von Jurisdiction blos auf streitige Privatrechtssachen eingeschränkt gewesen, bey Criminalsachen aber das Wort *quaestio* gebraucht worden sey, hat ERNESTI in Clavi Ciceron. sub v. *Iurisdictio* aus vielen Stellen des Cicero deutlich erwiesen. Man s. auch GRAEVIUS in Animadversion. ad *Sigonium* de iudiciis edit. *Thomas.* T. II. p. 754.

12) Man vergleiche hier besonders *Franc.* DUARENUS in Disputat. Anniversar. Lib. I. cap. 53. und *Scip.* GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 28.

äuſſerte ſich daher beſonders in decernendo et iudicis datione [13]). *Decernere* aber hieß, quoties magiſtratus ipſe extra ordinem cognoſcebat [14]). Man unterſchied daher

III) von Iurisdictio das Recht einer römiſchen Magiſtratsperſon, die bey Ausübung der Gerichtsbarkeit zu befolgende Rechtsſätze durch öffentlichen Anſchlag bekannt zu machen. Man ſiehet dieß aus den Worten des Edicts [15]): *Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae cauſa — in albo — propoſitum erit, dolo malo corruperit* u. ſ. w. Die Gewalt eines römiſchen Magiſtrats gieng ſoweit, daß er aus wichtigen Urſachen von der Regel des gemeinen Rechts abweichen, und durch ſeine Edicte ein neues Recht einführen konnte. Die verſchiedenen Arten der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand geben einen Beweis, daß er ſogar etwas, was geſchehen iſt, für nicht geſchehen, und etwas, was nicht geſchehen iſt, für geſchehen annehmen konnte, wenn ihm dieſes nöthig zu ſeyn ſchien, um die Strenge des Rechts zu mildern, und einen unbilligen Verluſt zu verhüten [16]). Die-

13) *Car.* SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 7. HEINECCIUS in Elem. iuris civ. ſec. ordin. Pandectar. P. I. §. 244.

14) HEINECCIUS in Hiſtoria Edictorum pag. 318. not. b.

15) *L. 7. pr. D. h. t.* Add. *L. 2. §. 10. D. de or. Iur.*

16) *L. 7. D. de reſtitut. in int. L. 1. D. quod met. c. geſt. L. 1. D. de dolo malo. L. 1. §. 1. D. de minorib. L. 2. §. 1. D. de cap. minut. L. 1. §. 1. D. Ex quib. cauſ. maior. L. 1. pr. D. de alienat. iud. mut. c. facta.* Verſchiedene Rechtsgelehrten, z. B. Heineccius, haben zwar behaupten wollen, daß ſich die Prätoren dieſe Gewalt mit Unrecht angemaßt; allein *Io.* RICHEI in Vindiciis Praetoris Rom. et iuris honorarii. *Lugd.*

ſes ius edicto magiſtratus conſtitutum wird in unſern Geſetzen zuweilen *forma iurisdictionis* genennt [17]).

IV) Die eigentliche Gerichtsbarkeit begriff nicht einmal die Vollſtreckung der Urtheile durch rechtliche Zwangsmittel in ſich [18]). Dieſe gehörte zum imperio und zwar mixto der höhern Magiſtratsperſonen [19]), von welchem ich beym §. 187. handeln werde. Geringere, und Municipalobrigkeiten, die kein imperium hatten [20]), übten den Gerichts-

[*Lugd. Batav. 1748. 8.* hat ſie gegen dieſen Vorwurf hinlänglich vertheidiget.

17) *L. 20. pr. D. fam. erciſc. L. 5. §. 1. D. ut legator. cauſ. caveat. L. 1. C. ubi in rem actio.* Conf. GENTILIS de iurisdictione Lib. I. cap. I. pag. 4.

18) *Ioſ.* AVERANIUS in Interpretat. iuris lib. I. cap. 4. HEINECCIUS in Elem. iuris civ. ſec. ord. Pandectar. P. I. §. 244. n. 5. et 6.

19) *L. 5. §. 1. D. de officio eius, cui man. eſt iurid.* Mandata *iurisdictione* privato, etiam *imperium*, quod non eſt merum, videtur mandari: *quia iurisdictio ſine modica coercitione nulla eſt.* COERCITIO iſt hier, wie *Scipio* GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 5. p. 13. ganz richtig ſagt, nichts anders, als *coactio et poteſtas iubendi atque exequendi.* Und dieſe Coercitio wird *modica* genennt, weil die zur Vollziehung rechtlicher Erkenntniſſe zu gebrauchende Zwangsmittel auf keine Leib- und Lebensſtrafen hinauslaufen, welche das Imperium merum begriff. Sehr deutlich unterſcheidet auch ULPIANUS in *L. 4. D. de Iurisd.* Imperium und Iurisdictio, wenn er ſagt: *Iubere caveri praetoria ſtipulatione,* IMPERII *magis eſt quam* IURISDICTIONIS: welche Stelle MERILLIUS in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. vortreflich erläutert.

20) *L. 32. D. de Iniur. L. 26. D. ad Municipal.*

richtszwang vermöge einer besondern Concession aus, soweit er nicht dem imperio vorbehalten war [21]). Die Grenzen der eigentlichen Jurisdiction erstreckten sich daher nur bis zur Entscheidung des Richters. Diese war, wie Ulpian [22]) sich ausdrückt, gleichsam das *extremum in iurisdictione*, d. i. die letzte Handlung, mit welcher sich das gerichtliche Verfahren endigte, so weit es zur eigentlichen Jurisdiction gehörte. Das imperium konnte zwar mit der Jurisdiction verbunden seyn, allein deswegen war es doch von der Jurisdiction ganz verschieden.

V) Rechtliche Geschäfte ausser einem Rechtsstreite, sie mochten von einer Obrigkeit selbst vorgenommen werden müssen, wie z B. die Bevormundung der Unmündigen, oder nur die obrigkeitliche Bestätigung erfordern, wie z. E. die Adoption, Emancipation, Manumission und dergleichen, lagen gleichfalls ausser der Sphäre der eigentlichen Jurisdiction [23]).

21) Man sehe hier vorzüglich *Em.* MERILLIUS in Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. III. und in Observat. lib. III. cap. 37. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis primae Digestor. h. tit. §. 35. in EIUSDEM *Commentat. academ. ab* UHLIO *editis* Vol. IV. p. 133. *Os.* AURELIUS in Variant. Cujacii interpretat. Dispunct. 4. und *Ev.* OTTO in lib. sing. de Aedilibus coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 2. p. 444.

22) *L. un. §. 1. D. Si quis ius dicenti non obtemperav.* Conf. HEINECCIUS in Historia Edictor. pag. 301. not. e, wo es heißt: EXTREMUM IN IURISDICTIONE *non est exsequutio, quae iam mixti imperii pars habetur, sed sententia.*

23) ULPIANUS *L. 6. §. 2. D. de Tutelis* sagt ausdrücklich: Tutoris datio neque *imperii* est, neque *iurisdictionis*: sed ei *soli* competit, cui *nominatim* hoc dedit vel *Lex*, vel *Senatusconsultum*, vel *Princeps.*

Die Befugniß zur Vornahme solcher Rechtshandlungen hatte ihren eigenthümlichen Grund in einem besondern Gesetz, oder einem Senatsschluße oder einer kaiserlichen Verordnung, und stand daher keiner Magistratsperson vermöge ihres Amts zu. Man unterschied dieses Recht auch durch die eigene Benennung: *Legis actio* von der Jurisdiction [24]), und sahe es so wenig als einen Zweig der Gerichtsbarkeit an, daß ein Magistrat die Jurisdiction ohne *legis actio*, und diese ohne jene haben konnte. Z. B. die aediles curules hatten Jurisdiction, aber keine legis actionem. Denn man findet nicht, daß Manumissionen, Adoptionen oder Emancipationen vor ihnen geschehen wären [25]). So hatten ferner die Proconsuln die legis actionem gleich außer der Stadt Rom, die Jurisdiction aber erst in der ihnen angewiesenen Provinz [26]). Von einem solchen Magistrat, welcher zur Vornahme oder Bestättigung jener willkührlichen Rechtshandlungen Kraft einer besondern gesetzlichen Verordnung authorisirt war, sagte man daher, *apud eum est legis actio* [27]), oder *habet legis actionem.*

24) GENTILIS de iurisdictione lib. I. cap. 34. p. 146. *Io. Ern.* SCHROETER Diss. de iurisdictione in genere eiusque a legis actione et reliquo iudicis officio differentia iure Rom. *Erlangae 1747.* §. V. *Christ. Henr.* BREUNING Dubia circa varias legis actionum actuumque legitimorum interpretationes. *Lipsiae* 1775. §. XI.

25) S. Höpfners Abhandl. von den legis actionibus und actionibus legitimis §. 5. Not. 5. hinter seinem Commentar über die Heinecc. Institutionen S. 1179. (Frankfurt a. M. 1803.)

26) *L. 1. L. 2. L. 4. §. 6. D. de offic. Proconsul.*

27) *L. 4. D. de adoption. L. 3. D. de Offic. Proconsul. L. 1. D. de offic. Iurid. L. 1. Cod. de adoption.*

nem [28]). Ganz unrichtig ist es daher, wenn Ritter [29]) glaubt, daß Legis actio soviel als iurisdictio sey, welchen deßhalb schon Höpfner [30]) widerlegt hat.

VI) Die eigentliche Jurisdiction erstreckte sich auch nicht auf Untersuchungen peinlicher Fälle. Diese nannten die Römer *quaestiones*, oder *cognitiones criminales*, auch *iudicia publica* [31]). Für diese wurden, seit der Einführung der quaestionum perpetuarum im Jahr der Erbauung Roms 605, gewisse Magistrate bestellet, welche man *Quaesitores* oder *Praetores quaestionum* nannte, und denen vermittelst besonderer Comitialgesetze, (z. B. Lex L. Pisonis de pecuniis repetundis, ferner Leges Corneliae de falso, de sicariis et parricidio, Leges Iuliae de adulteriis, de vi, u. s. w.) die Gewalt, über gewisse bestimmte Criminalfälle, so oft sie vorkamen, Untersuchung anzustellen, und darüber zu richten, ein für allemal übertragen wurde. Eine solche Gewalt in peinlichen Fällen, vermöge welcher ein magistratus Verbrecher sogar am Leben

28) PAULUS *Sentent. Recept. lib. II. Tit. XXV.* §. 4. apud SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 317. Aus dieser Stelle erhellet übrigens, daß auch Municipalobrigkeiten legis actionem haben konnten.

29) in Observat. ad HEINECCII histor. iuris Lib. I. Cap. III. §. 46. pag. 94.

30) a. a. O.

31) Hier vergleiche man vorzüglich ERNESTI Clavis Ciceron. v. *Quaestio*. *Lud. Godofr.* MADIHN Vicissitudines cognitionum criminalium apud Romanos usque ad Caesarum tempora. *Halae* 1772. §. XI. sqq. und *Frid.* SAXE Disp. de ordine iudiciorum publicorum apud Romanos. *Trajecti ad Rhenum* 1784. Cap. I.

ben strafen konnte, hieß *potestas gladii*, oder *imperium merum* [32]), und stand einer obrigkeitlichen Person nur vermöge einer besondern Concession zu, konnte auch nicht, wie Iurisdictio, mandirt, d. i. jemand anders überlassen werden. Hierher gehören folgende Stellen. ULPIANUS *lib.* 2. *de officio Quaestoris* [33]). Imperium aut merum aut mixtum est. *Merum* est *imperium*, habere *gladii potestatem* ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam *Potestas* appellatur. *Mixtum* est *imperium*, cui etiam iurisdictio inest etc. Der Unterschied zwischen Jurisdiction und *Imperium merum* ist hier ganz evident. Ferner PAPINIANUS *lib. I. Quaestionum* [34]): Quaecunque specialiter Lege vel Senatusconsulto vel Constitutione Principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero *iure magistratus* competunt, mandari possunt. Et ideo videntur errare *Magistratus*, qui cum *publici iudicii habeant exercitionem, Lege vel Senatusconsulto delegatam* (veluti Legis Iuliae de adulteriis, et si quae sunt aliae similes) iurisdictionem suam mandant. — Verius est enim, more maiorum *iurisdictionem* quidem transferri; sed *merum imperium*, quod Lege datur,

32) Daß das imperium merum auch geringere Strafen begriff, ist ausser Zweifel. Man vergleiche nur den *Tit. Dig. de poenis*, und MERILLIUS in Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 2. besonders auch AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. I. cap. I. n. 16 — 18. Allein auf Lebensstrafen mußte es sich erstrecken, denn dieß zeigt eigentlich die *gladii potestas* an. S. CORASII Miscellan. iur. civ. Lib. III. cap. 17.

33) *L. 3. D. de iurisdict.*

34) *L. 1. D. de officio eius, cui mandata est iurisdict.* Add. *L. 6. pr. D. de offic. Procons. et legati.*

datur, non posse transire. Quare nemo dicit, *animadversionem* Legatum Proconsulis habere mandata *iurisdictione*. Von diesem imperio mero wird bey dem §. 187. noch ein mehreres vorkommen.

So richtig nun der angegebene römische Begriff von *iurisdictio* aus der Natur der Sache abgeleitet war, nach welcher nur das Prädicat der öffentlichen Befugniß, über streitige Rechte nach den Gesetzen zu entscheiden, Gerichtsbarkeit genennt wird [35]); so nahmen doch die Römer das Wort *iurisdictio* auch noch

B) in einer ausgedehnteren Bedeutung für den Umfang aller obrigkeitlichen Gewalt, sie mochte einem Magistrate vermöge des Amts oder aus einer besondern Concession der Gesetze zustehen, sie mochte die Untersuchung und Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten, oder peinliche Untersuchungen und Strafen, oder die Bestätigung nichtstreitiger Rechtshandlungen, oder das Vollstreckungsrecht betreffen [36]). In Beziehung auf diese ausgedehntere Bedeutung sagt daher der nämliche Ulpian, welcher *L.* 6. §. 2. *D. de tutelis* und *L.* 3. *D. de off. Proconſ.* ausdrücklich die Bevormundung der Unmündigen und Adoption von der eigentlichen Jurisdiction ausnahm, und zur *legis actio* rechnete, welcher ferner *L.* 26. *D. ad municipalem* sagt, daß Einsetzungen in den Besitz und vori-

35) F. X. Krüll Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 1. B. (Landshut 1802. 8.) Nr. I. §. 4. ff.

36) Vid. NOODT de iurisdict. et imperio lib. I. c. 1. und QUINTANADUEGNAS in Tr. de iurisd. et imperio lib. I. Tit. 2. n. 4.

vorigen Stand mehr zum *imperium* als zur Jurisdiction gehörten; eben dieser Ulpian sagt L. 1. *D. de iurisd.* IUS DICENTIS officium latissimum est: nam et *bonorum possessionem dare* potest, et *in possessionem mittere*, pupillis non habentibus *tutores constituere*, *iudices litigantibus dare.* Eben so *L.* 7. §. 2. *D. de offic. Proconf.* Cum *plenissimam iurisdictionem* Proconsul habeat, *omnium partes*, qui Romae vel quasi *Magistratus*, vel *extra ordinem ius dicunt*, ad ipsum pertinent. Kein Wunder, wenn deswegen in unsern Gesetzen zuweilen die nämliche Gerichtshandlung bald dem Imperium bald der Jurisdiction zugeschrieben wird. Z. B. Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand werden *L.* 26. *D. ad municipalem* zum Imperium gerechnet; *L.* 4. §. 3. *D. de damno infect.* *L.* 1. §. 10. *D. de postul.* und *L. ult. Cod. ubi et apud quem restitut. in integr.* aber zur Jurisdiction. Mehrere Beyspiele hat Merillius [37]). Nicht minder wird in jener weitläuftigen Bedeutung dasjenige, was eigentlich zur Legis actio gehörte, der *iurisdictioni voluntariae* [38]), so wie die Unter-

37) in Variant. ex Cujacio lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ant.* SCHULTING in Enarrat. Part. primae Digestor. h. t. §. 34. und in Iurisprud. vet. Antejust. p. 447.

38) *L.* 2. *et* 3. *D. de offic. Proconf.* Omnes Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent *iurisdictionem*; sed non contentiosam, sed *voluntariam*: ut ecce *manumitti* apud eos possunt tam *liberi*, quam *servi*; et *adoptiones* fieri. Eben so wird die Cognition des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente *L.* 8. *pr. et* §. 18. *D. de Transact.* für eine Sache der Jurisdiction erklärt; weniger nicht die Ernennung der Vormünder in *L.* 3. *D. de postul.* und *L.* 3. §. 5. *D. iudicat. solvi* in die Sphäre der Gerichtsbarkeit gezogen.

Unterſuchung und Beſtrafung der Verbrechen, der *iurisdictioni criminali* zugeeignet [39]). Ein Hauptgrund, warum man den Ausdruck *iurisdictio* gegen ſeine Eigenthümlichkeit ſo weit ausdehnte, war unſtreitig der Umſtand, daß zuweilen die nämliche öffentliche Perſon, welche die eigentliche Gerichtsbarkeit ausübte, auch alle einzelne Zweige der ausübenden Polizeygewalt, zu denen auch die Beſtätigung der unſtreitigen bürgerlichen Rechtshandlungen, bey denen der öffentliche Glaube nothwendig iſt, ohne Zweifel gehört, auf ſich hatte [40]). Man betrachtete alſo, durch dieſe Anſicht verführt, den ganzen Umfang der Amtsgewalt, welche eine ſolche obrigkeitliche Perſon ausübte, gleichſam als ein aus einem Grunde hervorgehendes Ganzes, und fand nicht gleich einen nähern Titel, als die ihr verliehene Jurisdiction [41]).

§. 185.

Begriff der teutſchen Gerichtsbarkeit, und Unterſchied derſelben von der römiſchen.

Daß mit der Aufnahme des Römiſchen Rechts in Teutſchland auch der ausgedehntere Begriff von Gerichtsbarkeit auf Teutſchland übergieng, iſt eine anerkannte Sache. Sey es nun, daß Trennung der in dieſen Begriff eingemiſchten

gen. Eben dieſes beſtätigt auch die *L. 3. C. de confirm. tutore*, wenn man ſtatt der gemeinen Leſeart mit Ruſſard lieſet: *alii ab eo, cuius iurisdictio eſt, dati ſunt.* Conf. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. I. cap. I.

39) *L. 2. Cod. de Veteranis, L. 2. Cod. de privileg. ſcholar.*

40) *L. 10. 11. et 12. D. de off. Praeſid. Ioſ.* FINESTRES Hermogenian. pag. 414. ſqq.

41) S. Krüll angeführte Prüfung Nr. I. §. 11.

ten fremdartigen Theile, d. i. Trennung der darin vermischten vollziehenden, polizey- und rechtsprechenden Gewalt bey dem Mangel an Cultur des allgemeinen Staatsrechts zu der Zeit nicht möglich war, wo besonders nach errichtetem allgemeinen Landfrieden die Gerichtsverfassung in allen Theilen des teutschen Reichs eine größere Consistenz erhielt; so war doch auch bey der großen Begünstigung der richterlichen Gewalt nicht wohl zu erwarten, daß durch die Reichsgesetze darin eine Abänderung getroffen werde, was einmahl als eine Befugniß des Richters gesetzlich anerkannt war [42]). Es unterscheidet sich jedoch die teutsche Gerichtsbarkeit [43]) in mehr als einer Rücksicht von jener römischen Jurisdiction. Denn

1) ist heutigen Tages nicht alle Gerichtsbarkeit eine bloße Amtsgerichtsbarkeit, sondern sie kann auch eben sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen seyn, welchem sie zustehet; ja sie kann mit dem Besitz eines Grundstücks verknüpft seyn, und daher jedem Besitzer desselben zustehen. Es giebt daher heutzutage auch eine Patrimonial-

42) Man vergleiche hier vorzüglich Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Processes. 2. Band S. 30. ff.

43) Ueber die teutsche Gerichtsbarkeit haben vorzüglich geschrieben *Tob.* PAURMEISTER de iurisdictione Imp. rom. *Hanoverae* 1608. 4. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de iurisdictione et magistratuum differentia secundum mores Germanorum. *Halae* 1703. rec. 1714. *Frid. Es.* PUFFENDORF de iurisdictione germanica liber. *Lemgoviae* 1742. et 1786. 8. Joh. Leonh. Hauschild Gerichtsverfassung der Teutschen. Leipzig 1741. C. Ph. Kopp Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und civil Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen. Th. 1. u. 2. Cassel 1769. u. 1771. 4.

nialgerichtsbarkeit, dahingegen nach dem Römischen Rechte alle Gerichtsbarkeit eine bloß persönliche ist, welche der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur immer verwaltungsweise zustand.

2) Die teutsche Gerichtsbarkeit umfaßt nicht nur die Untersuchung und Entscheidung streitiger Rechtsfälle, sondern auch den Gerichtszwang [44]), d. i. die Anwendung der zur Vollziehung rechtskräftiger Erkenntnisse nöthigen Zwangsmittel, und was die Römer zum imperio einer Magistratsperson rechneten [45]).

3) Gehört nach der heutigen Gerichtsverfassung dasjenige ordentlicher Weise zu jeder bürgerlichen Gerichtsbarkeit, und bedarf keiner besondern Concession, was die Römer zur *legis actio* rechneten, und einer römischen Magistratsperson vermöge ihres Amts nicht zustand, sondern wozu sie nur vermöge einer besondern gesetzlichen Verordnung berechtiget war [46]). So kann nach teutschen Rechten ein jeder

44) Daher bedeutet Gerichtszwang zuweilen die Gerichtsbarkeit selbst. Z. B. in den Reichsabschieden von 1548. 1551. und 1577. Man sehe Joh. Christ. Konr. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen. 2. Band. (Halle 1786. 8.) S. 45. folg.

45) Vid. PUFFENDORF de iurisd. germ. P. I. Cap. I. §. 2. et II. Cap. III. §. 2. Gönner a. a. O. S. 54.

46) THOMASIUS in Scholiis ad *Huberi* Praelection. ad Dig. Tit. de Iurisdict. §. 4. sagt: *Moribus Germaniae, secundum quos Iurisdictionis laxior natura est, omnia fere illa, quae olim speciali lege concedebantur, Magistratui iure magistratus competunt, tanquam necessarium connexum. Hinc hodie tutoris datio, decreti interpositio omni illi competit, qui ordinariam Iurisdictio-*

der ordentlicher Richter, welcher Jurisdiction hat, vermöge derselben Vormünder bestellen, und andere nichtstreitige Privatrechtshandlungen bestätigen [47]). Man nennt diese Macht des Richters, nichtstreitige Rechtshandlungen vorzunehmen, oder zu bekräftigen, und ihnen auf diese Weise Gültigkeit oder öffentlichen Glauben zu geben, die willkührliche Gerichtsbarkeit, und diese macht heut zu Tage einen Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit aus [48]). Jedoch ist auch in Teutschland die peinliche Gewalt in der Jurisdiction der Regel nach nicht begriffen, sondern hängt von besonderer Concession ab [49]). Endlich

4) ist es heutiges Tages auch eine bekannte Sache, daß kein richterliches Amt an sich mehr mit der gesetzgebenden Gewalt verbunden ist, wie zur Zeit der römischen Prätoren, indem vielmehr alle gesetzgebende Macht in den Händen des Landesfürsten sich befindet. Kein Richter ist demnach befugt, ein neues Recht einzuführen, sondern vielmehr schuldig, nach den Gesetzen zu sprechen.

Es

nem habet, quod in ſpecie, quoad tutoris dationem, approbatum per Ordin. Polit. de Ann. 1548. Tit. 31. §. 1. Add. STRYK Uſ. Mod. Pandectar. h. t. §. 21. et *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. IV.

47) PUFFENDORF de iurisdict. germ. P. II. Sect. IV. cap. un. §. 11. ſqq. pag. 523. MALBLANC Conſpect. rei iudiciar. §. 66.

48) *Pet.* MÜLLER ad Struvium h. t. Th. LXXI. not. *α*. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. t. §. 7. und Claproth in der theoret. pract. Rechtswiſſenſchaft von freywilligen Gerichtshandlungen §. 13. auch Ebenderſelbe im ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 15. not. e.

49) MALBLANC c. l. pag. 131. Gönner a. a. O. S. 28.

Es ist also die heutige oder teutsche Gerichtsbarkeit, ein von der höchsten Gewalt im Staate verliehenes Recht, dessen Wirksamkeit darin besteht, nicht nur streitige Rechtssachen auf vorgängige Erörterung nach Vorschrift der Gesetze zu entscheiden, und die ausgesprochenen rechtlichen Erkenntnisse und Verfügungen mittelst äusserlichen Zwanges zu vollstrecken, sondern auch nichtstreitige Rechtshandlungen unter den einwilligenden Interessenten durch öffentlichen Glauben zu befestigen, oder denselben durch gerichtliche Bestätigung eine Gültigkeit zu verschaffen [50]).

Noch ist zu bemerken, daß es Rechte giebt, welche zuweilen der teutschen Gerichtsbarkeit zu coexistiren pflegen, als das Abzugsrecht, das Recht, erblose Güter zu occupiren, das ius retorsionis, das Recht, besondere Steuern einzufordern ꝛc. Allein diese Rechte gehören auf keine Weise zur teutschen Gerichtsbarkeit, und kommen daher keiner Gerichtsherrschaft, als solcher, zu, in sofern sie nicht besondere Privilegien, oder das Herkommen für sich haben sollte, wenn gleich verschiedene Rechtslehrer aus unrichtigen Be-

 griffen

50) Die angesehensten Rechtslehrer kommen in diesem Begriff mit einander überein. Man vergleiche SCHAUMBURG Compend. iuris Digestorum h. t. §. 8. EISENHART Institut. iur. germ. priv. Lib, IV. Tit. I. §. 1. MALBLANC Conspect. rei iud. §. 62. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. cura *Gmelin.* Tom. III. §. 4197. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürg. Processes §. 25. u. a. m.

griffen des meri imperii bey den Römern das ganze Ius fisci dem Gerichtsherrn zueignen wollen [51]).

§. 186.

Erklärung des Worts *Notio*.

Wenn **Ulpian** *lib.* 59. *ad Edictum* [52]) sagt: Ait Praetor: *cuius de ea re* IURISDICTIO *est*, melius scripsisset: *cuius de ea re* NOTIO *est*. Etenim NOTIONIS nomen etiam ad eos pertinet, *qui* IURISDICTIONEM *non habent*, sed habent de quavis alia causa NOTIONEM; so erhellet aus dieser Bemerkung des Römischen Edictauslegers, daß *notio* und *iurisdictio* nicht gleichvielbedeutende Benennungen sind. Das Wort *notio* hat nämlich eine viel ausgedehntere Bedeutung als iurisdictio. Es wird darunter jede gerichtliche Untersuchung und Entscheidung eines Rechtsstreits verstanden, die Sache sey eine Civil- oder Criminalsache [53]); und

51) Man vergleiche AYRER de iure occupandi bona vacantia. *G. L.* BOEHMER de iure fisci civitatum mediatar. Jargow Lehre von Regalien. 2. Buch. Kap. 6. §. 2. Meister im peinl. Proceß S. 506—518. Struben rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 74. *Ge.* ENGELBRECHT de iurisdictione super. s. alta et inferiori s. bassa sec. mores Germanor. Sect. II. Membr. 1. §. 12. und der Verfasser der Bemerkungen über den Einfluß der ältern Begriffe von der Gerichtsbarkeit auf heutige Sitten und Gesetze S. 46.

52) *L. 5. pr. D. de re iudic.*

53) Man vergleiche hier vorzüglich *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano T. I. pag. 415. *Io.* GOEDDAEUS in Comm. ad L. 99. D. de Verb. Signif. und *Ulr.* HUBER in Praelect. iur. civ. h. t. §. 2.

und wird nicht nur von obrigkeitlichen Personen gebraucht, welche die Jurisdiction hatten; denn so sagt Hermogenian [54]): Ex *omnibus causis*, de quibus Praefectus urbi vel Praefectus Praetorio, itemque Consules et Praetores caeterique Romae *cognoscunt*; Correctorum et Praesidum provinciarum est *notio*; sondern auch von solchen Richtern, die keine Jurisdiction hatten, sondern nur von einem Magistrate den Partheyen bestellet wurden, um einen bürgerlichen Rechtsstreit in Gemäßheit einer dazu erhaltenen Instruction (secundum formulam iudicii) zu untersuchen und zu entscheiden, welche man *iudices pedaneos* nannte [55]). Hierauf zielt Ulpian [56]), wenn er sagt: NOTIONEM accipere possumus et *cognitionem* et *iurisdictionem*. Denn das Wort *cognitio* bezieht sich, wie auch Govean [57]) bemerkt, auf die iudices pedaneos.

§. 187.

Was ist *imperium?* Eintheilung desselben in *merum* und *mixtum* bey den Römern. Erläuterung der *L. 3. D. de iurisdict.*

Daß nach dem heutigen ausgedehntern Begriffe von der Gerichtsbarkeit der Gerichtszwang oder das Vollstreckungsrecht der Regel nach ein Stück der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausmache, ist bereits (§. 185.) bemerkt worden. Denn was würden alle richterliche Erkenntnisse und

54) *L. 10. D. de Officio Praesid.* Eben so braucht Ulpian *L. 1. §. 4. D. de Officio praef. urbi* das Wort *notio* vom Praefectus urbi, welcher über Criminalsachen Recht sprach.

55) *L. 2. et L. 5. C. de pedan. iud.*

56) *L. 99. pr. D. de Verb. Signif.*

57) De iurisdictione Lib. II. n. 6.

Verfügungen helfen, wenn nicht der Richter das Ansehen derselben durch Zwang- und Strafmittel zu vertheidigen im Stande wäre. Schon in den römischen Gesetzen wird daher gesagt: quod iurisdictio sine modica coercitione nulla (i. e. *sine effectu*) sit [58]). Demohngeachtet aber sahen doch die Römer den Gerichtszwang nicht für einen Theil der Jurisdiction an, sondern unterschieden ihn von derselben genau, und rechneten solchen zum *Imperium* eines magistratus. Noodt [59]) und Westenberg [60]) irren daher, wenn sie glauben, daß Iurisdictio und imperium nur den Namen nach unterschieden, in der That aber einerley gewesen. Die Gesetzstellen, die sie für sich anführen, beweisen wenigstens ihre Meinung nicht [61]). Zwar konnte das Imperium der Jurisdiction cohäriren, und war auch wirklich in gewisser Rücksicht von der letztern unzertrennbar, so weit es nämlich auf die Handhabung der Gerichtsbarkeit abzielte; daher sagt schon Javolenus [62]): wer die Gerichtsbarkeit hat, der hat auch in der Regel alle diejenige Ge-

58) *L. ult. §. 1. D. de offic. eius, cui mand. est iurisdict.*

59) de iurisdict. et imperio lib. I. cap. 2.

60) in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 9. et 10.

61) Man vergleiche vorzüglich *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad L. 3. D. de iurisdict. *God. Lud.* MENCKEN Commentat. merum imperium iurisdictionem criminalem non esse. *Helmst. 1749.* pag. 13. sqq. und Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 4. Th. S. 324. not. d.

62) *L. 2. D. h. t.* Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. Dieses erklärt sich aus *L. 1. §. 1. D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd.* Imperium, quod *iurisdictioni* cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.

Gewalt, ohne welche die Gerichtsbarkeit nicht mit Nachdruck ausgeübt werden kann. Allein deßwegen war doch das imperium bey den Römern von der Jurisdiction wesentlich verschieden, indem einige Amtsverrichtungen der römischen Magistratspersonen zur Jurisdiction, andere zum *Imperium* gerechnet wurden [63]), welches besonders in dem Falle von grosser Wichtigkeit war, wenn eine Magistratsperson zwar Jurisdiction, aber kein eigentliches oder, daß ich so sage, eigenmächtiges Imperium hatte. Deßwegen sagt Paulus [64]): Ea, quae magis *imperii* sunt, quam *iurisdictionis*, Magistratus municipalis facere non potest. *Magistratibus* igitur *municipalibus* non permittitur in integrum restituere, aut bona rei servandae causa iubere possidere, aut dotis servandae causa aut legatorum servandorum. Denn die Municipalobrigkeiten hatten eigentlich kein imperium, sie gehörten zu den geringern Staatsbedienten. Paulus [65]) unterscheidet sie ganz deutlich von denjenigen Magistratspersonen, qui imperium potestatemque habent. Man gestattete ihnen zwar den Gerichtszwang, so weit derselbe zur Ausübung der Gerichtsbarkeit unmittelbar erfordert wird [66]),

 allein

63) *L. 4. D. h. t.* Iubere caveri Praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, *imperii magis est, quam iurisdictionis.*

64) *L. 26. D. ad municipal.* Diese Stelle ist aus PAULI *lib. I. ad Edictum* entlehnt, und giebt der in der vorigen Note angeführten *L. 4.* viel Licht.

65) in *Recept. Sentent. Lib. V. Tit. 5. A. §. 1.*

66) Man sehe hier besonders *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. et municipior. cap. XIII. §. 2. et 5. AVERANIUS Interpretation. iuris

allein es war derselbe nicht nur sehr eingeschränkt [67]), sondern er durfte auch nicht anders als mit Vorwissen und Auctorität des Präses der Provinz ausgeübt werden [68]). Bey solchen Obrigkeiten war also der Unterschied zwischen iurisdictio und imperium sehr wichtig, dahingegen bey höhern Staatsbedienten, welche more maiorum das imperium hatten, wie z. B. die Consuln, Prätoren, Präfecti, Präsides und Proconsuln der Provinzen [69]), weniger darauf ankam, ob man dieß oder jenes Amtsgeschäft zur Jurisdiction

iuris Lib. I. cap. 4. n. 25. sqq. und *Frid.* ROTH de re municipali Romanor. (*Stutgartiae* 1801. 8.) Lib. II. cap. 3. §. 20. et 21.

67) *L. un. pr. D. Si quis ius dicenti non obtemp.* Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum ius potestatis suae concessum est, iurisdictionem suam defendere poenali iudicio. *Poenale iudicium* ist hier, wie *Ev.* OTTO a. a. O. pag. 464. diese Stelle am besten erklärt hat, von der actione personali in factum zu verstehen, quae rei vel petitoris contumacis adversario datur, non tantum in id, quod interest, sed quanti ea res est in iudicium deducta. *L. 53. D. de re iudic.* Hoc enim poenale iudicium, setzt er hinzu, ex quo poena actori applicatur, Duumviris concedere non licuit, qui ad certam tantum summam ius dicere poterant, sed solis maioribus Magistratibus, ad tuendum imperium, quod habebant, *L. 12. §. 1. D. de iudic.* Vid. quoque DUARENUS Lib. I. Disputat. anniv. cap. 50. HUBERUS in Eunom. ad h. L. AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 4. n. 42. et HEINECCIUS in Opusc. postum. p. 300. sq.

68) PAULUS *Sentent. Recept. lib. IV. Tit. 4. §. 2. L. 11. Cod. de pignor.* Westphal Erläut. der R. Gesetze vom Pfandrecht 3. Kap. §. 50. Not. 69. b)

69) *L. 2. D. de in ius voc.*

ction oder Imperium rechnen wollte [70]). Und nur dieß ist die Ursache, warum zuweilen die römischen Juristen Imperium und Iurisdictio für Eins zu halten scheinen [71]).

Dieses vorausgesetzt, wollen wir nun das imperium magistratuum Romanorum und dessen Eintheilung in merum et mixtum, nach Anleitung unsers Verfassers, noch etwas genauer betrachten.

Imperium überhaupt hieß bey den Römern die dirigirende und executive Gewalt einer höhern Magistratsperson, vermöge welcher dieselbe nicht nur nach Maasgebung ihres Amts gebieten, und verbieten, sondern auch gegen Ungehorsame Zwangsmittel gebrauchen, und Verbrecher strafen konnte [72]). Es wird aber auch dieses Wort zuweilen für den Befehl einer Magistratsperson selbst genommen, welchem Folge geleistet werden muß [73]). Daß nur die höhern

70) S. MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. lection. lib. II. cap. 7. pag. 219. sqq.

71) *L. 7. §. 14. D. de pact.* verglichen mit *L. 1. §. 9. D. de novi op. nunciat. L. 13. §. 4. D. ad SC. Treb. L. 7. in fin. L. 8. 9. pr. D. de off. Proc. L. 215. D. de V. S. L. 3. D. h. t.* vergl. mit *L. 12. §. 1. D. de iudic. L. 26. pr. §. 1. D. ad municipal.* vergl. mit *L. 16. §. ult. D. de minorib. §. 1. I. de adopt.* vergl. mit *L. 2. D. de off. Proc.*

72) *L. 14. et 53. D. de re iudic. L. 4. D. de recept. arbitr. L. 214. et 215. D. de Verb. Signif. L. 199. D. de Reg. Iur. L. 5. §. 1. D. de off. eius, cui mand. e. iurisd. L. 13. §. 4. D. ad SCt. Trebell. L. 1. et 2. C. Si in cauſ. iudicati pignus capt. ſit.* Conf. *Io. Ern. Bern.* EMMINGHAUS in not. ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. I. h. t. pag. 160. not. nn.

73) *L. 7. D. ne quid in loco publ. vel itinere fiat.*

Staatsbedienten ein eigentliches imperium gehabt, und dieſes ſich vorzüglich durch das Recht ausgezeichnet habe, zur Vollſtreckung obrigkeitlicher Befehle Lictoren zu gebrauchen, und Ungehorſame ins Gefängniß führen zu laſſen, beſtätigen Ulpian [74]) und Gellius [75]). Geringere Magiſtrate, welche ſine imperio waren, konnten zuweilen prehenſionem haben, wie es Gellius [76]) nennt, aber niemals vocationem, denn ſie hatten keine Lictoren, ſondern nur viatores, oft auch nicht einmal dieſe [77]). Dieſes Imperium

74) *L.* 2. *D. de in ius voc.* In ius vocari non oportet neque Conſulem, neque Praefectum, neque Praetorem, neque Proconſulem, neque caeteros Magiſtratus, qui *imperium* habent, qui coërcere aliquem poſſunt, et *iubere in carcerem duci.* Dahingegen ſagt eben dieſer Juriſt *L.* 32. *D. de iniur.* Quod ſi ex *minoribus magiſtratibus* erit, id eſt, qui *ſine imperio* aut *poteſtate* ſunt magiſtratus: et in ipſo magiſtratu poſſe eos conveniri.

75) *Noct. Attic. lib. XIII. cap.* 12. In Magiſtratu habent alii *vocationem*, alii *prehenſionem*, alii neutrum. *Vocationem*, ut Conſules et caeteri, *qui habent imperium.* *Prehenſionem*, ut Tribuni plebis, et alii, qui habent viatorem. Neque vocationem, neque prehenſionem, ut Quaeſtores, et caeteri, qui neque lictorem habent, neque viatorem. Qui vocationem habent, iidem et prehendere, et tenere, et abducere poſſunt. Man vergleiche hier *Car.* SIGONIUS de antiquo iure provinciar. Lib. III. cap. 5. Tom. II. de antiq. iur. Pop. Rom. p. 291. edit. *Thomaſ.*

76) a. a. O.

77) Zur Erläuterung jener Stelle des Gellius will ich ein Paar Worte aus HEINECCII Antiquitat. Rom. iurisprud. illuſtrant. ſyntagm. Lib. IV. Tit. 6. §. 5. hier anführen: VOCATIO *ius vocandi prehendendique abſentes*, PREHENSIO *autem ius abducendi*

rium der römischen Magistratspersonen war nun entweder *merum* oder *mixtum*. Von beyden giebt **Ulpian** [78]) folgenden Begriff: *Merum* est *imperium*, habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines [79]), quod etiam *Potestas* appellatur. *Mixtum* est *imperium*, cui etiam iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Die Rechtsgelehrten haben bey Erklärung dieser Stelle viele Schwierigkeiten gefunden. Daher die Meinungen derselben darüber, was eigentlich unter dem imperio mero und mixto zu verstehen sey, sehr verschieden sind. Nach der gewöhnlichen Vorstellungsart soll *merum imperium* eben dasjenige seyn, was wir heutiges Tages die **Criminalgerichtsbarkeit nennen** [80]). *Im-*

perium

cendi praesentes complectebatur. Unde, qui vocatione gaudebant, lictoribus, viatoribus, servisque publicis; qui prehensione duntaxat, ut tribuni plebis, viatoribus tantum cum servis publicis utebantur. Qui neutro iure fruebantur, veluti quaestores, ii servis tantum publicis stipati prodibant in publicum, et tunc non imperium, sed potestatem habere dicebantur. Conf. *Car.* SIGONIUS de antiquo iure civ. Rom. lib. I. cap. 20.

78) *L. 3. D. de iurisdict.*

79) **Haloander will** *in facinorosos homines* **lesen, weil** animadvertere aliquem **nicht gut Latein sey. Ihn folgt auch** BESTIUS de Ratione emendandi Leg. pag. 168. **Allein die gemeine Lesart vertheidigen** BYNKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. VIII. cap. 25. num. 5. **und** MARCKART Interpretat. receptar. iur. civ. lection. lib. II. cap. 7. pag. 215.

80) **S.** NOODT de iurisd. et imp. Lib. I. cap. 4. GEBAUER de iurisdict. Cap. I. §. 4. et 5. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 11. sqq. COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 17. *Io. Phil.* HAHN Opinion. iurid. Claff. I. Opin. 10.

Osius

perium mixtum hingegen bestehe in dem Rechte einer Magistratsperson, welche die Jurisdiction hat, ihre Sentenzen und Amtsaussprüche zu vollstrecken [81]). Diese Begriffe nimmt auch unser Verf. an, welcher am Ende dieses § ausdrücklich sagt: *Merum imperium* idem est, quod hodie *iurisdictionem criminalem* vocamus. Allein diese Meinung hat schon **Mencken** [82]) so gründlich widerlegt, daß man sich wundern muß, wie unser Verf. ihr noch beystimmen konnte. Andere [83]) behaupten daher, daß das Recht, Verbrecher zu strafen, nur ein Stück oder Wirkung des *imperii meri* gewesen, nicht daß das ganze merum imperium darin bestanden habe, so wie das Recht, Sentenzen in Civilsachen zu vollstrecken, ebenfalls nur ein Stück des *imperii mixti* gewesen, nicht aber das Ganze darinn bestanden habe. **Johann Lüder Albrecht** [84]) unterscheidet ein dreyfaches imperium, nämlich *summum*, *merum* und *mixtum*. SUMMUM, sagt er, est *summa in imperio potestas cum iure gladii*. Ein solches hätten die Praefecti Praetorio,

Osius AURELIUS Tr. de variant. Cujacii interpretat. Disp. 3. bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* T. III. p. 699. *Pet.* MARTRESIUS in aliquot ICtor. responsa not. cap. 3. bey MEERMANN in *Thes. iur. Rom. et Canon.* T. VI. p. 724. u. a. m.

81) COCCEJI c. l. Qu. 5. und EMMINGHAUS ad Eundem, not. nn. pag. 160.

82) Pr. merum imperium iurisdictionem crim. non esse, in *Opusculis* Halae 1770. 8. Nr. XIV. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. n. z. pag. 174. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. 4. Th. S. 328.

83) S. Höpfner im Commentar über die Institutionen des Heineccius. §. 1235.

84) in Disp. de mero imperio. *Lipsiae 1751.* §. VIII. sqq.

rio, und der Praefectus urbi gehabt. MERUM hingegen sey *summa in provincia potestas cum iure gladii coniuncta*; dergleichen die Proconsules und Praesides gehabt. Zur Erläuterung der Idee des Ulpians macht er zwey sehr feine Bemerkungen. a) Ulpian sage nicht: *Merum imperium* est gladii potestas, sondern: est *habere* gladii potestatem. Denn das Wort *habere* werde von einer solchen Gewalt gesagt, die durch eine besondere Concession ertheilet worden sey. Daß Ulpian diese Idee wirklich gehabt, gebe er *libro I. de officio Proconsulis* an zwey Orten deutlich zu erkennen, wo er die potestatem gladii des Proconsuls eine potestatem *datam* nennt [85]). b) Ulpian habe das merum imperium nicht materialiter durch gladii potestatem beschreiben wollen, gleichsam als wenn darinn das merum imperium nur allein bestehe, daß eine solche Magistratsperson, welcher dasselbe übertragen worden, habe am Leben strafen können. Nein, sondern er nenne es eine potestatem gladii von dem Symbol, mittelst welchen diese Gewalt vom Kaiser pflegte ertheilet zu werden. Eine Meinung, die auch schon *Iac.* GOTHOFREDUS gehabt [86]). Der Sinn von Ulpians Begriff sey also dieser: *Merum imperium* est beneficio et gladio tradito data potestas, ut facinorosi homines etiam ultimo supplicio animadverti possint. Endlich das *imperium* MIXTUM hält er für die Jurisdiction selbst, und behauptet, daß diese Benennung von den römischen Rechtsgelehrten sey erfunden worden, um die Jurisdiction der höhern Magistratspersonen von der Notio der

Muni-

85) *L. 6. pr. D. de off. Proconf. L. 70. D. de Reg. Iur.*

86) in Commentar. ad L. un. Cod. Theodos. ne sine iussu Princip. certis iudicib. liceat confiscare. Tom. III. lib. IX. Tit. 41.

Municipalobrigkeiten zu unterscheiden, welche mit keinem eigentlichen imperio verknüpft war, sondern von besondern Aufträgen des Präses in der Provinz abhieng [87]). Ich übergehe die Meinungen anderer Rechtsgelehrten, weil dadurch diese ohnedem schon dunkle Materie nur noch ungewisser und zweifelhafter gemacht wird.

Mich dünkt, daß noch immer diejenigen die sicherste Bahn betreten haben, welche sich an die Worte Ulpians halten, und unter dem IMPERIUM MIXTUM eine solche obrigkeitliche Gewalt verstehen, welche mit der Jurisdiction verknüpft war, und die der Obrigkeit, welche die Gerichtsbarkeit hatte, zur Handhabung derselben, iure magistratus zustand; IMPERIUM MERUM aber von einer solchen Gewalt erklären, welche mit keiner Jurisdiction vermischt war, sondern durch ein ausdrückliches Gesetz verliehen werden mußte, vermittelst welcher ein Magistrat gegen Verbrecher Strafen aller Art, ja sogar Todesstrafen konnte vollziehen lassen [88]). Beydes war auf eine

87) *L. 4. §. 3. D. de damno infecto.* Duas ergo res Magistratibus municipalibus Praetor vel Praeses iniunxit, cautionem et possessionem: caetera suae iurisdictioni reservavit.

88) Conf. CUJACIUS Observat. lib. XXI. cap. 30. DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 53. *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. Tom. I. ad h. L. 3. D. de iurisdict. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iur. Lib. I. cap. 1. *Ulr.* HUBER in Praelectionib. iuris Rom. P. II. h. t. de imperio pag. 85. sqq. besonders MENCKEN in Pr. cit. und *Gottfr. Henr.* BOETTCHER in Commentat. Quae sint origines et fundamenta distinctionis inter iurisdictionem contentiosam et voluntariam. *Hannoverae* 1799. 8. Cap. II. pag. 16. sqq.

eine doppelte Art unterschieden. Erstens das *imperium mixtum* übte die Obrigkeit, welche die Jurisdiction hatte, suo iure aus, sie war eine Gewalt, welche, wie Papinian [89]) sich ausdrückt, der Jurisdiction cohärirte; übertrug daher eine höhere Obrigkeit ihre Jurisdiction einer andern, so gieng auch das imperium mixtum auf den Stellvertreter über, so weit es sich die Obrigkeit nicht vorbehielt. Allein das *imperium merum* war von der Jurisdiction ganz abgesondert, und bestand für sich. Es hieng immer von besonderer Concession ab, und durfte daher von der Obrigkeit, der es war verliehen worden, keinem andern aufgetragen werden [90]). Es war Sitte der römischen Kaiser, ein solches imperium durch das Symbol eines Schwerds zu ertheilen [91]). Den Nachrichten

89) *L. 1. in fin. D. de off. eius, cui mand. e. iurisdict.* Imperium, *quod iurisdictioni cohaeret*, mandata iurisdictione transire verius est.

90) *L. 6. pr. D. de off. Proc. L. 1. §. 1. D. de off. eius, cui mand. est iurisd. L. 70. D. de div. reg. iur.*

91) STATIUS lib. V. *Sylvar.* cap. 2. *ad Crispinum* v. 176. wo es heißt:

Felix, qui magno iam nunc sub PRAESIDE *iuras,*
CUIQUE sacer primum TRADIT Germanicus ENSEM:

d. i. wie es *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. un. Cod. Theod. ne sine iussu Princip. certis iudicibus liceat confiscare. Tom. III. pag. 351. richtig erklärt, *iturum in Provinciam Praesidem sub Caesare iurasse, eique gladium traditum ad animadvertendum in facinorosos homines.* Add. GREGORIUS NAZIANZENUS Epist. 65. *ad Africanum Provinc. Rector.* Praeses, sive incruentum gerat imperium, ut nos, sive id, quod gladium et lorum iunctum habet. Conf. PANCIROLLUS variar. lection.

iuris

richten des Dio Cassius [92]) zufolge durften daher nur solche Obrigkeiten einen Degen tragen, denen das Recht über Leben und Tod zustand, andere nicht; und ihre Chargen hießen *honores iuris gladii* [93]). Befahl der Kaiser einer solchen obrigkeitlichen Person, den Degen abzulegen, so war dieß ein Zeichen ihrer Cassation [94]). Zweytens das *imperium mixtum* zeigte sich hauptsächlich in Civilsachen wirksam. Für dieses gehörten Einsetzungen in Besitz und vorigen Stand [95]), Cautionsleistungen [96]), Vollstreckung aller Rechtssprüche, die aus obrigkeitlicher Gewalt geschahen, und der rechtskräftigen Entscheidungen anderer Richter [97]), Verfügung leichter Strafen gegen Ungehorsame, so wie sie der Gerichtszwang erforderte, Geld. [98]) oder

iuris utriusq. Lib. I. cap. 11. vorzüglich aber *Ios.* AVERANIUS cit. loc. n. 10. et sqq. deßgleichen *Ulr.* HUBER in praelectionib. iur. Rom. h. t. *de imperio* §. 4. pag. 88. und *Ev.* OTTO de Aedilib. Coloniar. et Municipior. Cap. XIII. pag. 458.

92) *Histor. Rom.* Lib. 53. Vid. AVERANIUS c. l. n. 10. p. 3.

93) LAMPRIDIUS in *Alexandro Severo* cap. 49. Honores iuris gladii nunquam vendi passus est.

94) PLUTARCHUS in *Galba:* Τιγελλίνω, τῷ συνάρχοντι προσέταξεν ἀποθέσθαι τὸ ξίφος, Tigellino collegae imperavit, ut gladium deponeret.

95) *L. 4. D. de iurisd. L. 4. §. 1. D. de off. eius, cui mand. est iurisdict. L. 26. D. ad Municipalem.*

96) *L. 4. D. de damno inf. L. 4. §. 1. D. de off. eius, cui mand. e. iurisd.*

97) *L. 15. D. de re iudicata.*

98) *L. un. D. Si quis ius dicenti non obtemperav. L. 131. §. 1. D. de Verbor. signif.* Schon Lex Atteria Tarpeia von Jahr der

oder Gefängnißstrafen [99]), auſſer der Ordnung auch Bestrafung geringer Vergehungen, so weit die Cognition derselben vor den Civilrichter gezogen werden konnte [100]). Dem *imperio mero* hingegen waren alle peinliche Strafen vorbehalten, vorzüglich aber Lebensstrafen [1]). Die Obrigkeit, welche das imperium merum hatte, cognoscirte jedoch nicht selbst, sondern mußte die Untersuchung andern Richtern (*Iudices quaestionum*) überlassen [2]). Sie selbst war eigentlich nur Präsident des peinlichen Gerichts, dirigirte den Cri-

der Erb. Roms 300. gab den Magistratspersonen das Recht, den Verächtern ihres Ansehens Geldbusen aufzulegen. DIONYS. Lib. X. *Antiquitat. Rom.* cap. 50.

99) *L.* 2. *pr. D. de in ius voc.*

100) *L.* 4. *pr. D. de off. eius, cui mand. e. iurisd. L.* 1. §. 4 *D. de aleator.* POLLETUS in Histor. fori Rom. Lib. V. cap. 14. pag. 524. *de* BOEHMER in Meditat. in Const. Crim. Car. Art. X. §. 2. pag. 60. Diesem sind die *L.* 8. §. 9. *L.* 35. *D. L.* 6. *et* 23. *Cod. de poenis* nicht entgegen, denn darinn wird blos die Verurtheilung zu einem ewigen Gefängniß verboten. S. *Ant.* MATTHAEI de Criminibus ad lib. XLVIII. Tit. 18. Dig. de poenis n. 13. pag. 764.

1) *L.* 6. §. 8. *D. de off. Praesid. L.* 6. §. 2. *D. de poenis.* In der *L.* 1. *C. Qui non poss. ad libert. pervenire* wird es daher eine coercendorum maleficiorum potestas genennt. Das imperium merum enthielt auch einen Theil der Policeygewalt. S. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 63. not. e. pag. 124.

2) Daher gab es magistratus bey den Römern, die gar keine Jurisdiction hatten, sondern blos ein merum imperium, vermöge dessen sie die von andern erkannten peinlichen und Todesstrafen an den Verbrecher konnten vollziehen lassen, wie z. B. die Triumviri capitales. *L.* 2. §. 30. *D. de Orig. iur.* VALERIUS MAX. V. 4. Man vergleiche hier vorzüglich *Lud.*

Criminalproceß, und ertheilte sodann die Befehle zur Vollstreckung der dem Verbrecher zuerkannten peinlichen Strafe [3]).

Uebrigens muß ich noch anmerken, daß das imperium merum nicht bey allen Obrigkeiten, denen solches zustand, von einerley Umfange war. Man sollte zwar denken, wer Todesstrafen zu verfügen berechtiget ist, muß auch wohl geringere auflegen dürfen. Allein der Schluß a maiori ad minus galt hier nicht. Alles kam auf die legem concessionis an. So z. B. war das merum imperium des Präses einer Provinz nicht von demjenigen Umfange, wie dasjenige, welches der Praefectus urbi, und die Praefecti praetorio ausübten. Denn diese letztern hatten das Recht der Einziehung der Güter, und der Deportation [4]); die

God. MADIHN Viciſſitudines cognition. criminal. apud Rom. usq. ad Caeſarum tempora §. XV. et XVI.

3) Eine Stelle aus POLLETI Hiſtor. for. Rom. Lib. III. cap. I. pag. 202. ſqq. wird dieſes am beſten erläutern können: *Sunt multi*, ſagt dieſer gelehrte Alterthumsforſcher, *qui cum cognoſcendi et disquirendi poteſtatem habeant*, IMPERIUM *tamen non habent, ut ſunt* IUDICES *in publicis quaeſtionibus Praetore praeſidente: nam ut cognoſcunt, ſententiamque tabella conceptam ferunt tantum, ita* PRAETOR *in iisdem iudiciis nullam iurisdictionem habet, ſed* MERUM *nudumque* IMPERIUM, *ut numerum Iudicum ineat, ſortes ducat, Iudices citet, contumaces mulctet, tempora clepſydrarum praeſcribat, Iudices in conſilium mittat, ſortes eductas numeret, et collato numero pro maiore pronunciet, quae plane* MERI *ſunt* IMPERII, *et a iurisdictione ſeiuncti.* Man vergleiche auch MALBLANC Conſpect. rei iudiciariae §. 16.

4) *L. 1. §. 3. D. de Offic. praef. urbi. L. un. Cod. Theod. ne ſine iuſſu Principis certis iudicibus liceat confiſcare. L. 2. §. 1. D. de poenis.*

die Praesides hingegen, ob sie gleich das ius gladii hatten, durften dennoch ohne besondere Genehmigung des Kaisers weder eine Deportation noch Confiscation verfügen [5]). Ein Umstand, der auf die Gültigkeit des Testaments eines verurtheilten Bürgers einen wichtigen Einfluß hatte. Denn wenn das Urtheil noch einer Bestätigung des Kaisers bedurfte, so gieng die Wirkung desselben erst von Zeit der Bestätigung an. Starb daher der Verurtheilte noch vor erfolgter Bestätigung, so war sein Testament oder Vermächtniß noch gültig [6]). Auch im Verhältniß gegen die Praetores quaestionum war die Criminalgewalt der Praefectorum viel uneingeschränkter [7]). Denn jene waren an die Strafe der Gesetze gebunden; von ihnen galt, was Papinian [8]) sagt: *Facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis;*

5) *L. un. Cod. Th. cit. L. 6. §. 1. D. de Interdict. et relegat.* Den Grund hiervon untersucht *Ios.* FINESTRES in Hermogen. T. I. pag. 423. Man sehe auch *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. un. Cod. Theod. cit. Tom. III. p. 351. edit. *Ritter.*

6) *L. 6. §. 7. D. de iniusto, rupt. irrito testam. L. 1. §. 3. et 4. D. de legat. 3.* Vergl. Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten §. 890. S. 664. und Desselben hermeneut. systematische Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 1. Th. 2. Kap. §. 28. S. 30.

7) Von dem Unterschiede der Prätoren und Praefectorum in Ansehung der ihnen zustehenden Criminalgewalt handelt sehr ausführlich *Ant.* SCHULTING in Dissertat. de Recusatione iudicis. Cap. VII. §. 3. (in EIUSDEM *Commentat. academ. Halae* 1770. 8. editis Vol. I. pag. 100.)

8) *L. 1. §. 4. D. ad SCtum Turpill. L. 15. pr. D. ad municipalem.* Paulus schrieb daher noch zu seiner Zeit ein ganzes Buch *de poenis omnium Legum*, woraus *L. 2. D. ad SCtum Tur-*

tis; poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed Legis auctoritati reservatur [9]). Allein die Praefecti urbi und praetorio durften aus wichtigen Ursachen von der Strafe der Gesetze abweichen, und eine andere, entweder härtere oder gelindere Strafe verfügen, nachdem es die Umstände mit sich brachten. Von diesen ist Ulpian [10]) zu verstehen, wenn er sagt: *Hodie* [11]) *licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult, sententiam ferre, vel graviorem vel leviorem: ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat.*

§. 188.

Bestandtheile der heutigen Gerichtsbarkeit. Vollkommene und unvollkommene Gerichtsbarkeit.

Da heut zu Tage das Vollstreckungsrecht in der Regel einen Theil der Gerichtsbarkeit ausmacht, so enthält die Gerichts-

Turpill. und *L. ult. D. de L. Pompeia de parricid.* genommen sind.

9) Auf diese Praetores quaestionum beziehen sich auch die Worte des Paulus *L. 8. D. de publicis iudic.* Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, *durante tamen poena Legum*, cum extra ordinem crimina probantur.

10) *L. 13. D. de poenis.*

11) Ulpian schrieb dieses unter Antoninus Caracalla. Denn an einem andern Orte nennt er diesen Kaiser Imperatorem nostrum Antoninum, L. 5. §. 3. *D. de appellat. recip. vel non*, welche Stelle ebenfalls, wie die angeführte *L. 13. D. de poen.* aus Desselben Büchern *de Appellationibus* genommen ist. Daß Ulpian unter dem Imperatore ANTONINO, den er *nostrum* nennt, keinen andern als den Antoninus Caracalla verstanden habe, haben schon längst BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Antoninus Imp.* und *Ez.* SPANHEMIUS in Orbe Rom. Exercit. II. cap. 4. erwiesen.

Gerichtsbarkeit, in sofern sie sich mit streitigen Sachen beschäftiget, eigentlich drey Stücke:

1) das Recht, den streitigen Fall zu untersuchen, d. i. an demselben die Merkmale der gesetzlichen Voraussetzung aufzusuchen.

2) Das Recht zu entscheiden, d. i. durch richterlichen Ausspruch zu bestimmen, was nach den Gesetzen in dem gegebenen Falle geschehen oder nicht geschehen soll, oder zu erklären, ob und in wiefern das bestrittene Recht der Partheyen vom Staat als aufrecht zu erhalten anerkannt werden kann.

3) Das Recht, die Sentenz zu vollstrecken, d. i. den Verurtheilten durch Zwangsmittel zu dem anzuhalten, was das Erkenntniß des Richters von ihm fordert.

Die teutsche Gerichtsbarkeit hat jedoch das besondere, daß zuweilen nicht alles, was der Regel nach zu ihr gehört, dem nämlichen Richter zusteht. Zuweilen hat ein Richter nur die Cognition und Decision, aber nicht die Execution, diese muß er einem andern Richter überlassen; zuweilen kommt ihm nur die Cognition und nicht die Entscheidung zu [12]). Eine solche unvollständige Gerichtsbarkeit ist jedoch immer nur eine Ausnahme von der Regel, und wird daher im Zweifel nicht vermuthet. Es ist vielmehr so lange zu glauben, daß alle Gerichtsbarkeit vollkommen sey, und diejenigen Stücke in sich fasse, welche vermöge des Begriffs zu ihr gehören, bis nicht aus den Gesetzen, oder Gewohn-

 heiten,

12) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. et 10. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pand. h. t. §. 30. Gönner Handbuch des teutschen gemeinen Processes 2. B. S. 54.

heiten, oder der Art der Concession, oder Verträgen ein anders erhellet [13]).

§. 189.

Einige allgemeine Grundsätze von der Gerichtsbarkeit.

Nach Entwickelung des Begriffs von der Gerichtsbarkeit, wollen wir nunmehr nach Anleitung unsers Verfassers einige allgemeine Grundsätze von derselben vortragen.

I) Alle Gerichtsbarkeit, man betrachte sie entweder nach römischer oder teutscher Verfassung, ist als ein Ausfluß der höchsten Gewalt anzusehen, und Niemand darf sich derselben anmassen, der solche nicht entweder durch ausdrückliche oder stillschweigende Verwilligung des Regenten erhalten hat [14]).

So wenig dieser Satz nach dem römischen Rechte einem gegründeten Widerspruche ausgesetzt seyn dürfte [15]); so viel Bedenklichkeit finden einige neuere Rechtsgelehrten dabey in Absicht der teutschen Verfassung. Sie glauben, man werde in unauflößliche Schwierigkeiten verwickelt, wenn man in unserm teutschen Vaterlande die höchste Gewalt für die einzige Quelle aller Gerichtsbarkeit annehmen wollte. Man will

13) STRYK Us. mod. h. t. §. 7. PUFFENDORF de iurisdict. germ. P. II. Sect. IV. cap. un. §. 5. p. 521. Lobethan Lehre von der Gerichtsbarkeit 2. Abschn. §. 1. not. b. S. 18.

14) PÜTTER Institut. iuris publici §. 287. Häberlins Handbuch des teutschen Staatsrechts 2. Th. §. 287.

15) *L. 3. C. h. t.* Die *L. 3. D. ad L. Iul. maiestat.* betrachtet die eigenmächtige Anmaßung der Gerichtsbarkeit als ein crimen laesae maiestatis. S. ZIEGLER Dicastice Concl. X. §. 13.

will daher vielmehr die heutige Gerichtsbarkeit aus einer doppelten Quelle herleiten, erstens aus dem Rechte der Oberherrschaft, und zweytens aus dem Rechte des freyen Eigenthums [16]). Aus letzterm sollen die Eigengerichte entstanden seyn, welche das Recht enthielten, sein Eigenthum zu handhaben, die dazu gehörige Dienstpflichtige und Leibeigene zu ihrer Gebühr, auch mit Zwange, anzuhalten, zu pfänden, zu besetzen, und zu entsetzen.

Allein, mich dünkt, man verwechselt hier Dienstzwang des Eigenthumsherrn, wovon ich an einem andern Orte dieses Commentars [17]) gehandelt habe, mit der eigentlichen Gerichtsbarkeit. Ein Gedanke, den auch schon der verstorbene Canzler von Selchow [18]) gehabt hat. Die Geschichte der teutschen Gerichtsverfassung lehrt zum wenigsten auf eine unwidersprechliche Art, daß vor Entstehung der Landeshoheit der Grundsatz in Teutschland allgemein herr-

16) Diese doppelte Quelle der teutschen Gerichtsbarkeit nehmen vorzüglich an Kopp in der ausführl. Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civilgerichte in Hessen-Cassel. Landen, 1. Theil 3. Stück 6. Abth. §. 275. S. 349. ff. Freyh. v. Senkenberg in der Abh. von der kaiserlichen Gerichtsbarkeit in Teutschland §. 1. u. 2. SCHILTER und MEINDERS de curiis dominicalibus; ferner der Verfasser der Gedanken von dem ächten Begriff und Grunde der Unmittelbarkeit und Territorialgerechtigkeit in vermischten Reichslanden (Frankfurt u. Leipzig 1786. 8.) §. 9. S. 80. ff. auch Herr Hofr. Runde in den Grundsätzen des allgemeinen teutschen Privatrechts (Göttingen 1791.) §. 702. S. 554. f.

17) im 2. Theil §. 120. S. 150.

18) in Elem. iuris germ. privati hod. §. 290.

herrschend gewesen: Der Kaiser sey die Quelle und das Haupt aller Gerichtsbarkeit, und von ihm komme auch alle richterliche Gewalt der Reichsstände her [19]). Das alemannische Landrecht [20]) sagt dieses ausdrücklich, und in dem noch ältern sächsischen Landrechte [21]) wird nicht nur die Gerichtsbarkeit der Stände für ein vom Kaiser ertheiltes Lehn ausdrücklich erklärt, sondern auch das Recht des Kaisers, die Gerichtsbarkeit in den Provinzen der Stände neben diesen auszuüben, behauptet. Es war eine allgemeine Rechtsparömie: wo der Kaiser hinkommt, da steht ihm das Recht offen. Kam dieser daher selbst in die Provinzen, so hörte unterdessen die richterliche Gewalt des Fürsten oder Grafen auf, so lange derselbe gegen-

19) Man vergleiche hier vorzüglich des Hrn. Dr. Biener's Diss. de iurisdictione ordinaria et exemta. Lipsiae 1777. Cap. I. §. 4—9. Hrn. Hofr. Klüber's Versuch über die Geschichte der Gerichtslehen. Erlangen 1785. gr. 8. u. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 38. sqq.

20) Kap. 41. Merk ein ander Kapitel von den Laienfürsten, daß sämmtliche Laienfürsten das Recht haben, daß sie Hoff gebieten für sich selbst. Das Recht haben sie von den Künigen.

21) III. Buch Art. 52. Den König wählt man, sind die Worte desselben, zum Richter über eigen und über Lehen und über eines jeglichen Mannes Leib (also in Civil- Lehns- und Criminalsachen). Der Kaiser mag aber in allen Landen nicht geseyn, noch auch alle Ungericht richten zu aller Zeit, und darumb so leihet er den Fürsten Fahnlehen und Grafschaften, und den Grafen ihre Schultheißthumb, daß sie und die Schultheissen mögen fortrichten an seiner Statt.

genwärtig war [22]). Den eigenthümlichen Gütern des niedern Adels klebte keine Gerichtsbarkeit an. Es ist vielmehr nichts gewisser, als daß derselbe sammt seinen Leibeigenen und Meyer-Leuten vor den gräflichen Gerichten Recht genommen habe. Struben [23]), der ehemals auch mit andern des niedern Adels Gerichtsbarkeit von der herrschaftlichen Gewalt desselben über seine Leibeigenen herleitete, ist in der Folge ganz vom Gegentheile überzeugt worden, und hat aus Urkunden deutlich erwiesen, wie dieser Adel durch besondere Concessionen seine Knechte und Meyer-Leute von der Gewalt der ordentlichen Richter befreyet, und die erb- und eigenthümliche Gerichtsbarkeit über selbige erlanget habe.

Die Kaiser behielten sich jedoch gemeiniglich den Blutbann allein vor [24]), und wenn sie solchen auch hin und wieder ansehnlichen Reichsständen und Klöstern überließen, so geschah es doch nur unter verschiedenen Einschränkungen [25]).

22) Sachsenspiegel II. Buch. Art. 58. III. B. Art. 60. Schwabenspiegel P. I. c. 13. Kochs Anmerkungen von den Westphäl. Gerichten S. 11. 20. u. 21. GUDENUS Cod. diplom. T. I. p. 417.

23) Nebenstunden V. Theil 34. Abh. §. 1. 2. u. 3.

24) Man nennte daher die peinliche Gerichtsbarkeit den Königsbann, weil man das Recht, über Leben und Tod zu richten, niemand als dem König zuschrieb. Wer, nach dem Ausdruck der alten Urkunden, über das Blut richten wollte, mußte von dem König ausdrücklich dazu authorisirt seyn. Das Verzeichniß alter Wörter, welches dem sächsischen Weichbild beygefügt ist, sagt von dem Königsbanne, daß es sey eine solche Gewalt oder Zwang, als der König selbst hat, zu richten Halß und Haupt.

25) S. Buders Vorrede *de cura et cautione, quam in concedendo banno sanguinis adhibuerunt reges nostri* vor Engelbrecht de servitutibus iuris publici.

Merkwürdig ist es, daß bey der Belehnung mit dem Blutbanne der Kaiser dem Vasallen eine rothe Fahne zu überreichen pflegte, welche man die Blutfahne oder das Blutbannier nennte, und als Symbol der Blutbannsbelehnung betrachtete [26]). Wer nicht mit dem Blutbanne belehnt war, mußte gestatten, daß ihm ein Blutrichter in seinem Lande von dem Kaiser oder dessen Stellvertreter gesetzt ward, wenn er nicht etwa durch besondere kaiserliche Vergünstigung das Recht erhalten hatte, den Blutrichter in seinem Lande selbst zu ernennen. Indeß mußte auch dieser dem Kaiser zur Belehnung präsentiret werden. Denn es war allgemeiner Grundsatz des mittlern Alters: der Kaiser sey oberster Blutrichter, und wer die peinliche Gerichtsbarkeit ausüben will, müsse solche aus dessen Hand, oder von dessen Statthalter empfangen haben [27]).

Nachdem jedoch die Reichsstände zu dem völligen Besitze der Landeshoheit gelangt waren, hielten sie es nicht mehr für nöthig, die Gerichtsbarkeit von dem Kaiser besonders zu Lehn zu nehmen [28]). Sie betrachteten solche nun als einen Ausfluß der Landeshoheit, die ihnen ohne besondere kaiserliche Belehnung gebührte, und die sie nach eigener Willkühr, entweder in Person oder durch besondere Colle-

26) J. J. Reinhard von der Blutfahne bey teutschen Reichsbelehnungen in Schotts juriſt. Wochenblatt II. Jahrgang Nr. 24.

27) Klüber a. a. O. Seite 57.

28) Bernh. Gottl. Huldr. Hellfeld Versuch einer Geschichte der Landesherrl. höchsten Gerichtsbarkeit; Steber von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn selbst Recht zu sprechen.

Collegien und Richter, ausüben dürften [29]). Eben so wenig bemühten sie sich von dieser Zeit an den Blutbann vom Kaiser durch besondere Concessionen und Belehnungen zu erlangen, und dadurch diesen für den obersten Blutrichter, von welchem alle peinliche Gerichtsbarkeit herkomme, zu erkennen. Die Gerichtsbarkeit in den Territorien ward nun durchgehends entweder im Namen, oder aus Verleihung der Landesherren verwaltet, und dem Kaiser ward eben so wenig Antheil an deren Ausübung verstattet, als seine persönliche Gegenwart die Gerichte, welche in den Territorien von den Landesherren oder von denjenigen, die von diesen die Macht hierzu erhalten hatten, angeordnet waren, ausser Activität setzte. Finden sich auch nach dieser Zeit noch Beyspiele von besondern kaiserlichen Belehnungen mit der Gerichtsbarkeit, so betreffen sie doch entweder nur solche Reichslehen, oder unmittelbare Güter, denen die Landeshoheit noch nicht in ihrem ganzen Umfange anklebte, deren Besitzer also zur Ausübung der Gerichtsbarkeit, vorzüglich der peinlichen, einer ausdrücklichen kaiserlichen Concession oder Belehnung bedurften, oder sie sind blos auf Richterämter, und auf die Gerichtspflege in gewissen unmittelbaren Districten und Gütern gerichtet, ohne mit dem Besitze des letztern verbunden zu seyn [30]).

Seit-

29) Wenn gleich der Gerichtsbarkeit in den kaiserlichen Lehenbriefen noch häufig unter den Formeln: mit hohen und niedern Gerichten — mit allen Gerichten — *cum omnibus iurisdictionibus* gedacht wird, so hielten die Stände solches doch mehr für eine unnöthige Beybehaltung der ehemaligen, vor Entstehung der Landeshoheit bey Belehnungen üblichen, Formeln, als für etwas wesentliches. S. BUDER de feudo iurisdictionis §. 3. Klüber a. a. O. S. 64.

30) Klüber a. a. O. S. 88.

Seitdem also die Reichsstände ihre Hoheitsrechte nicht nur kannten, sondern auch sich im Stande sahen, die Ausübung derselben in ihrem ganzen Umfange zu behaupten, so fiengen sie nun häufig an, ihren Landständen, vorzüglich dem Adel, den Landstädten und Gemeinheiten in ihren Ländern die Gerichtsbarkeit, entweder als Lehn, oder als ein ganz eigenthümliches Recht zu ertheilen. Sie versagten aus oberstrichterlicher Landesherrlicher Gewalt allen und jeden den Besitz der Gerichtsbarkeit, die solche nicht durch ihre stillschweigende oder ausdrückliche Verwilligung erhalten hatten, und erlaubten den Gebrauch derselben nur soweit, als solcher von ihnen durch Verträge, Concessionen, Belehnungen, Privilegien, Herkommen oder Besitz seit unvordenklichen Zeiten war erlangt worden. Insonderheit aber giengen die Landesherren mit Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit sehr sorgfältig um. Nur den ansehnlichsten ihrer Landstände ward solche durch Belehnung oder Privilegien zu Theil, und auch dann oft unter mancherley Einschränkungen [31]). In vielen Ländern hatte man in dieser Absicht sogar eine dreyfache Eintheilung der Gerichtsbarkeit, die hohe, mittlere und niedere, eingeführt [32]). Die hohe Gerichtsbarkeit begriff das Gericht über Hals und Hand, die mittlere geringe Frevel, und die niedere oder geringste (siedestes Gericht) das Gericht über Schulden unter sich [33]). Dem landsäßigen Adel ward noch im funfzehnten

31) S. BUDERI Diss. de modis acquisitae a civitatibus Germ. mediatis iurisdictionis crim. *Ienae 1749.*

32) PUFFENDORF de iurisdictione german. P. I. Cap. I. §. 13. pag. 10. sq. HALTAUS Glossar. pag. 666. sq.

33) PUFFENDORF de iurisd. germanica P. III. Sect. II. cap. 5. pag. 713. sqq.

ten Jahrhundert die peinliche Gerichtsbarkeit äusserst selten von den Landesherren, weder durch Belehnung noch auf andere Art, überlassen [34]). Beweiß genug, wie wenig der Besitz eigenthümlicher Güter oder die Eigenthumsgewalt in Teutschland jemahlen ein Recht zur Ausübung der Gerichtsbarkeit gegeben habe.

II) Da also der Regent die Quelle aller Gerichtsbarkeit in seinem Staate ist, so hängt es auch von seinem Willen ab, Bestimmungen zu machen, wodurch andern entweder die Verwaltung derselben an seiner Statt aufgetragen, oder die Befugniß, sie auszuüben, und für deren Verwaltung Sorge zu tragen, als ein eigenthümliches Recht, und zwar entweder ausschliessend (privative) oder mitwirkend (cumulative) überlassen wird. Zwar ist es streitig, was in einem zweifelhaften Falle zu behaupten sey. Mehrere Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß jede Gerichtsbarkeit im Zweifel eher für cumulativ als für privativ verliehen gehalten werden müsse, weil nicht leicht zu vermuthen sey, daß sich der Landesherr bey der Verleihung der Gerichtsbarkeit seines Einflusses gänzlich habe begeben wollen [35]). Allein wenn die Gerichtsbarkeit jemanden lehnsweise oder als ein ganz eigenthümliches Recht vom Landesherrn ertheilet worden ist, und letzterer sich die Concurrenz zur Ausübung derselben nicht ausdrücklich vorbehalten hat,

34) Klüber a. a O. Seite 114. folg.

35) MEVIUS P. I. Decis. 44. n. 8. et P. II. Decis. 313. LEIPOLD Diss. de concurrentia iurisdictionis in imp. Rom. Germ. Quaest. 9. sqq. (in LEUCHT Tractat. acad. de iurisdictione p. 508. sqq.)

hat, so ist im Zweifel allerdings anzunehmen, daß der Landesherr die Jurisdiction demjenigen, welchem sie auf jene Art verliehen worden ist, ganz allein (privative) zu der Ausübung habe überlassen wollen, welche dem Staatswohl unnachtheilig bleibt. Hierin stimmen nicht nur die meisten Rechtsgelehrten mit einander überein [36]), sondern diese Meynung hat auch die Analogie des Rechts für sich. Denn unstreitig ist die Reservation einer Concurrenz bey einer unbedingten Verleihung, dergleichen hier vorausgesetzet wird, eine res facti, und kann eben daher, wenn nicht vermöge des besondern Staatsrechts in dem vorkommenden Falle ein anderes anzunehmen, nicht vermuthet, sondern muß von dem, der solche behauptet, bewiesen werden. Sodann ist auch hier der Landesherr wohl ohne Zweifel derjenige, welcher deutlicher und weniger zweifelhaft hätte reden sollen, da er ein Recht verlangt, welches von der Regel des gemeinen Rechts ganz abweicht, und an sich schon durch den Begriff des dem Erwerber aus der ihm geschehenen Verleihung zuständigen entweder völligen oder nutzbaren Eigenthums ausgeschlossen wird. Folglich wird auch gegen ihn billig die Erklärung gemacht werden müssen [37]).

III) Es

36) COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 20. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 625. von Buri Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts 3te Fortsetz. S. 672. folgg. BOEHMER Princip. iur. feud. §. 65. Schnaubert Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts 1. B. 1. Abschn. 3. Kap. §. 65. S. 110. und Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 334.

37) Man sehe Semlers Abhandlung über das Hoheitsrechts-Lehn §. 15. (In dem Archiv für die theor. u. prakt. Rechtsgelehrsamkeit herausgegeben von Hagemann

und

III) Es sey jedoch die Gerichtsbarkeit verliehen, oder erworben, auf welche Art, oder durch welchen Titel sie wolle, so ist doch die geschehene Concession nie anders, als mit Subordination gegen die höchste Gewalt im Staate zu verstehen [38]). Denn da die Gerichtsbarkeit zu den wesentlichen Hoheitsrechten gehört, so kann sich der Regent derselben nicht ganz und gar begeben; sondern die private Concession derselben wirkt nur so viel, daß demjenigen, welchem die Gerichtsbarkeit verliehen worden ist, nicht zu nahe getreten werden darf, wenn er dieselbe in dem Maaße ausübt, wie es dem Ueberlassungsvertrage und den dabey gemachten Bestimmungen gemäß, auch dem Wohl des Staats nicht entgegen ist. Vermöge dieser Subordination steht daher dem Landesherrn bey der Ausübung aller Gerichtsbarkeit in seinem Staate die höchste Oberaufsicht zu, damit nicht durch Mißbrauch derselben der Wohlfarth des Staates geschadet, sondern vielmehr durch deren Ausübung das Wohl desselben befördert werde. Daher finden Provocationen an den Landesherrn, oder desselben obere Instanz, auch Querelen über nichtiges und gesetzwidriges Verfahren des Richters, nicht weniger über Verzögerung der Justiz

und Günther 3. Theil N. V. S. 179. f.) und besonders Böhmers auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Abth. Resp. 37. Qu. 1. S. 279. ff.

38) COCCEJI Iur. civ. contr. c. l. EMMINGHAUS ad Eundem not. d. pag. 177. Ge. *Melch. de* LUDOLF Observat. for. P. I. Obs. 108. Meisters peinl. Proceß. 3. Th. 1. Abschn. Hauptst. 11. §. 26. Hr. Hofr. Schnaubert a. a. O. §. 64. S. 108. folg. Ge. *Lud.* BOEHMER in Princip. iur. feudal. §. 225.

Justiz statt. Der Landesherr ist in solchem Falle befugt, Befehle zur Beförderung der Justiz ergehen zu lassen, auch Bericht zu fordern, wie die Justiz in diesem oder jenem Falle administrirt worden sey, ja er kann die Acten abfordern, und die Sache selbst entscheiden lassen. Jeder Richter muß sich daher der höchsten Landesjustizvisitation unterwerfen. Es hat auch keinen Zweifel, daß ein dem Staat gefährlicher Mißbrauch den völligen Verlust der verliehenen Gerichtsbarkeit nach sich ziehen könne [39]).

VI) Keine Gerichtsbarkeit darf ausser dem Territorium des Landesherrn, welcher dieselbe verliehen hat, auch selbst im Lande, nicht ausser dem bestimmten Gerichtsbezirke ausgeübt werden [40]). Denn ausser seinem Gerichtssprengel ist der Richter nicht als eine öffentliche, sondern bloß als eine Privatperson anzusehen [41]). Es ist auch derjenige Richter, welchem dadurch Eingriffe in seine Gerichtsbarkeit geschehen, nicht nur berechtiget, sich auf der Stelle selbst Recht zu verschaffen, son-

39) S. *Gust. Henr.* MYLII Diss. de privatione iurisdictionis ob eius abusum. *Lipsiae 1755.* Es finden hier überhaupt diejenigen Grundsätze ihre Anwendung, die ich im 2. Theil §. 109. dieses Commentars von dem Verluste der Privilegien wegen des Mißbrauchs vorgetragen habe. Man sehe auch Semlers angeführte Abhandlung §. 17. in dem Archiv für die theor. u. prakt. Rechtsgelehrsamkeit 3. Theil S. 192. folg. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4197. und MALBLANC Conspect. R. I. §. 71. 72.

40) Hr. Hofr. Schnaubert in den Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrechts II. Th. N. II. §. 6. S. 114. folg.

41) *L. ult. D. de iurisdict. L. ult. D. de offic. Praefecti urbi* und *L. 3. D. de offic. Praesid.*

sondern es findet auch gegen denjenigen Richter, welcher die Grenzen seiner Gerichtsbarkeit auf irgend eine Weise überschreitet, die Spolien- oder Negatorienklage statt[42]). Ob nicht in Ansehung der schlechterdings freywilligen Gerichtshandlungen (actus iurisdictionis voluntariae merae) eine Ausnahme von jener Regel zu machen sey, ist streitig. Ich werde diese Frage bey dem §. 194. besonders erörtern.

V) Ist die Gerichtsbarkeit Jemandem auf eine bestimmte Art verliehen worden, so daß die Gattung derselben deutlich ausgedruckt und benennt worden ist, so kann der Umfang der Ausübungsbefugniß in Ansehung derselben keinem Zweifel unterworfen seyn. Es kann auch in einem solchen Falle keine Ausdehnung Statt finden, wie schon aus dem gemeinen Rechtssatze, quod limitatio ultra suos terminos non sit extendenda, ganz natürlich folgt. Allein streitiger ist die Frage, ob unter einer unbestimmten Concession der Gerichtsbarkeit, oder Belehnung mit den Gerichten, auch die peinliche Gerichtsbarkeit zu verstehen sey? Mich dünkt, es sey zuvörderst ein Unterschied zu machen, ob ein Regallehn verliehen worden, bey welchem die Ober- und Niedergerichte nebst andern Hoheitsrechten hergebracht sind, oder nicht. Im ersten Falle wird die aufgeworfene Frage bejahend zu beantworten seyn[43]). Denn bey solchen Re-

42) S. Wilh. Aug. Fried. Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerl. Processes (Stuttgard 1800. §. 25. S. 64. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 46.

43) S. *Io. Paul.* ENDTER Diss. de symbolica possessione iurisdictionis criminalis. (*Altorf. 1712.*) §. XII. und *Dav.* SCHEINEMANN Disput. de iurisdictione (Tubing. 1674.) §. X.

Regallehen pflegte man schon von Alters her die Ober- und Niedergerichte oft nicht anders, als unter dem gemeinen Worte Gericht zu verleihen [44]). Im andern Falle kommt es darauf an, ob die Worte der Verleihung ganz allgemein abgefaßt sind, z. B. mit allen Gerichten, oder mit allen und jeden Gerichten [45]); oder ob das Lehn ein altes Lehn ist, und die ältern Lehnbriefe, nach deren Sinn und Ausdruck die neuern im Zweifel interpretirt werden müssen, die peinliche Gerichtsbarkeit in bestimmtern Ausdrücken enthalten, oder nicht. Im erstern und andern Falle ist ebenfalls auf das Recht zur Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit mit Grunde zu schliessen; in allen andern Fällen hingegen ist die unbestimmte Verleihung der Gerichtsbarkeit im Zweifel nur von der niedern zu verstehen [46]). Denn einmal erfordert überhaupt

44) SCHILTER in Praxi iur. Rom. Exercit. VI. §. 10. bestärkt dieß mit einer Stelle aus WESENBEC Consil. 95. n. 13. seq. in causa *Boeneburg* contra *Hessen*.

45) Die Formel mit allen Gerichten kann jedoch zuweilen eine andere Auslegung haben. Es kann z. B. von mehreren Gütern die Rede seyn, bey denen allen nur die niedern Gerichte sind, oder es kann die Gerichtsbarkeit einem Gute an unterschiedenen Orten zukommen, und daher jene Formel nur den Sinn haben, daß die Belehnung auf alle diese zusammen gehen solle. Man nehme also bey Auslegung jener Formel zugleich auf die Beschaffenheit des Vasallen, und des Landes, nicht weniger auf den Zusammenhang des Lehnbriefes und die übrigen Umstände Rücksicht. Die Anwendung dieser Regel findet man bey Hrn. von Buri in der Erläuterung des in Teutschland üblichen Lehnrechts 3te Fortsetz. S. 670.

46) Hiermit stimmen überein STRUV in Syntagm. iur. civ. Exerc. IV. §. 80. und in Syntagm. iur. feud. Cap. VI. aphor. 18. n. 4.

haupt die Natur der Privilegien, besonders wenn dadurch, wie hier der Fall ist, Hoheitsrechte ertheilet werden, eine solche einschränkende Erklärung [47]). Sodann muß zweytens bey Verleihungen hauptsächlich auf den Sprachgebrauch gesehen werden. Wenn nun gleich die Ausdrücke Gericht, Gerichtsbarkeit an sich ein genus bezeich-

n. 4. SCHWEDER in Diss. de iurisdictione per investituram feudal. concessa §. 14. (*T. I. Dissertat. pag. 1089.*) *Nic. Christph. de* LYNCKER Centur. XI. decis. 1070. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. IV. Tit. III. Th. 1. not. 19. *Sam.* STRYK Us. Mod. Pandectar. Lib. II. Tit. 1. §. 13. *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. Lib. II. Tit. 1. Quaest. 19. et ad Eundem *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS not. b. pag. 176. KRESS in Diss. de iurisdictione omnimoda sub formula Richt und Ungericht in feudum concessa §. 16 – 26. (in IENICHEN *Thes. iur. feud. T. II. p. 869.*) von Buri Erläuterung des Lehnrechts S. 659. Meister Abhandl. des peinlichen Processes in Teutschland I. Abschn. XI. Hauptst. §. 23. und 24. BOEHMER Princip. iur. feudal. §. 67. Schnaubert Erläuterung des Lehnrechts S. 112. u. 113. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 339. folgg. *Mich. God.* WERNHER lect. Commentat. in Pandect. Tit. de iurisdict. §. 33. D. BIENER in Diss. de iurisdict. ordinar. et exemta Cap. II. §. 21. Hr. Hofr. Klüber Geschichte der Gerichtslehen S. 137. u. 138. u. a. m. Anderer Meinung sind zwar HORN in iurisprud. feud. cap. VII. §. 12. STRUBEN in Observat. iur. et histor. Obs. IX. §. 7. pag. 274. und in den rechtl. Bedenken IV. Th. Bed. 122. S. 316. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER in Meditat. ad art. 1. Constit. Crim. Carol. §. 11. pag. 23. Joh. Christ. Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts II. Theil. §. 559. u. m. deren Gründe aber Hr. Reg. R. Eichmann a. a. O. geprüft und gründlich widerlegt hat.

47) S. meinen Commentar im 1. Th. §. 99. S. 561.

nen, was mancherley Arten unter sich faßt, so hat doch von jeher der Sprachgebrauch diejenige Bedeutung, als die gewöhnlichste, adoptirt, nach welcher jene Ausdrücke nur von der niedern Gerichtsbarkeit verstanden werden [48]). Nicht leicht begriff man schon in ältern Zeiten unter dem Worte Gericht die peinliche Gerichtsbarkeit; man unterschied vielmehr die letztere mit vieler Sorgfalt von der gewöhnlichen oder niedern Gerichtsbarkeit durch eigene Benennungen, und nannte sie Ungericht, Blutbann, Frayß, Halßgericht, hohe Obrigkeit, Malefizgericht [49]) ꝛc. Und auch in neuern Zeiten ist es gar nicht gewöhnlich, ein so wichtiges Recht, als das Recht über Leben und Tod der Unterthanen zu richten, ist, mit dem generellen Ausdrucke der Gerichte zu bezeichnen, sondern es pflegen sich unsere Landesherrn deshalb bestimmterer Ausdrücke zu bedienen [50]). Hiezu kommt drittens, daß man den Blutbann seit Entstehung der Landeshoheit als ein vorzügliches Kleinod derselben [51]) betrachtete, mit dessen

48) HALTAUS in Glossar. germ. sub. v. Gerichte. Meister am angef. Orte S. 469.

49) Die Beweise hat Hr. von Buri a. a. O. S. 669. gesammelt.

50) S. *Io. Ge.* LAMM Obs. an iurisdictione simpliciter concessa tam altam quam bassam vasallus consequatur? in Herrn Dir. Zepernicks *Analect. iuris feudal.* Tom. II. Obs. 17. pag. 70. sqq.

51) In den alten Urkunden wird daher der Ausdruck Blutbann häufig für die ganze Landeshoheit genommen, und mit dem Namen Königsbann (bannum regium) belegt. Man sehe HERTIUS in Dissertat. de superioritate territoriali §. 2. welcher dieses mit vielen Urkunden bewiesen hat. Man sehe auch Rein-

dessen Verleihung die Landesherren immer sehr sorgfältig und sparsam umgegangen sind [52]). Es kann daher ohne hinlänglichen Grund um so weniger vermuthet werden, daß der Landesherr einem Unterthan, den er mit den Gerichten schlechtweg beliehen hat, auch die peinliche Gerichtsbarkeit werde mitgetheilet haben, je mehr überhaupt schon nach politischen Gründen die Ausübung dieser Gerichtsbarkeit so viel möglich ein ausschliessendes Vorrecht der obersten Gewalt im Staat bleiben muß [53]). Zuletzt stimmt selbst das römische Recht mit unserer Auslegung überein, als nach welchem, wie schon oben bemerkt worden ist, das merum imperium unter der Jurisdiction an sich nicht begriffen war, sondern von der ausdrücklichen Concession des Kaisers abhing.

Nicht minder streitig ist die Frage, ob unter der generellen Verleihung aller Gerichte auch die geistliche Gerichtsbarkeit zu verstehen sey? Da nach der eigenen Verfassung des teutschen Reichs die geistliche Gerichtsbarkeit, so wie sie durch die canonischen Rechte bestimmt ist, nicht als ein Bestandtheil der Landeshoheit angesehen wird, sondern zu den hohen Episcopalrechten gehört, und daher

Reinhards Beweis, daß die Belehnung unter der Formel: Blutbann und Wildbann mit ihren Herrlichkeiten, im XV. Jahrh. die ganze Landeshoheit in sich begreife; (in Schotts jurist. Wochenblatt, Jahrg. II. Num. 23. S. 643.) und BOEHMER Diss. de Centena sublimi in seinen *Elect. iur. civ.*

52) HEINECCIUS Elem. iur. germ. lib. III. §. 46. a WESTPHALEN Tom. IV. diplom. Mecklenburg. n. 14. 32. 48. BUDER in praefat. ad ENGELBRECHTI *Tr. de servitutibus iuris publici* pag. 8.

53) MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 75.

in den katholischen Staaten keinem weltlichen Reichsstande, sondern nur den Bischöfen und Erzbischöfen zukommt; in den evangelischen Ländern aber, nachdem durch den Religions- und Westphälischen Frieden die geistliche Gewalt der katholischen Bischöfe in Ansehung der evangelischen Glaubensgenossen ist aufgehoben worden, entweder von den evangelischen Kirchen selbst, oder von den evangelischen Reichsständen, als Oberhäuptern der protestantischen Kirchen ihrer Länder, vermöge einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft ausgeübt wird [54]); so kommt es vor allen Dingen darauf an, ob dem Landesherrn, von welchem die Gerichtsbarkeit auf jene unbeschränkte Art verliehen worden ist, nach der teutschen Staats-, oder der besondern Kirchenverfassung seines Landes die geistliche Gerichtsbarkeit zusteht, oder nicht. In letztern Falle kann gar nicht die Frage entstehen, ob die geistliche Gerichtsbarkeit mit verliehen sey, die der Landesherr selbst nicht hatte [55]). In dem ersten Falle hingegen ist wieder darauf zu sehen, ob das Subject, dem alle Gerichte verliehen worden sind, nach den Grundsätzen des teutschen Kirchenrechts der geistlichen Gerichtsbarkeit fähig sey, oder nicht. Im letzten Falle kann wieder keine Frage davon seyn, ob unter der allgemeinen Verleihung aller Gerichtsbarkeit auch die geistliche begriffen sey [56]). In dem ersten Falle hingegen ist nun diese Frage

54) S. Pütter von der geistlichen Gerichtsbarkeit über evangelische Reichsstände und ihre Unterthanen, in Desselben Erörterungen und Beyspielen des teutschen Staats- und Fürstenrechts. 2. Band Nr. XII. S. 63.

55) Pütters angef. Erörterungen 2. Band S. 134.

56) Z. B. Wenn das Subject, welchem in einem katholischen Reichslande alle Gerichte verliehen worden sind, ein katholischer

Frage sehr streitig. Die meisten Rechtsgelehrten [57]) behaupten, daß wenn Jemandem die Gerichte schlechtweg, oder auch alle Gerichte verliehen sind, dennoch die geistliche Gerichtsbarkeit oder das ius consistorii darunter nicht begriffen sey; weil die geistliche Gerichtsbarkeit nach der allgemeinen Kirchenverfassung in Teutschland einen vorzüglichen Theil der Episcopalrechte ausmache, welche auch dem evangelischen Landesherrn nur titulo speciali, als ein annexum superioritatis territorialis, zustehe, und daher den Unterthanen nicht leicht ertheilt zu werden pflege. Ja es gehen einige so weit, daß, wenn auch Jemand mit den weltlichen und geistlichen Gerichten ausdrücklich sey belehnet worden, sie dennoch unter dem Ausdrucke geistliche Gerichte nur das Patronatrecht, sofern es vorzüglich in dem Rechte, Jemand zu einer Kirche oder

cher Laye ist. Denn Layen sind nach dem kanonischen Rechte der geistlichen Gerichtsbarkeit unfähig *can.* 22. *C. XVI. qu.* 7. *cap.* 4. *X. de immun. eccles. cap.* 2. *X. de iudic. c.* 16. *X. de foro comp.* Daß hingegen in protestantischen Ländern auch weltliche Personen der geistlichen Gerichtsbarkeit fähig sind, ist bekannt. S. MEVIUS P. II. Decis. 305. und G. *Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 173.

57) BERGER in Oecon. iuris Lib. IV. Tit. III. §. 2. Not. I. *Lib. Bar. de* WERNHER in select. Observat. for. Tom. II. Part. IX. Obs. 85. pag. 503. *I. H.* BOEHMER in Iur. Eccles. Protestant. Tom. I. lib. I. Tit. 28. §. 28. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. II. Spec. LXXVI. med. 2. *Dav.* SCHEINEMANN Disp. de iurisdictione. *Tüb. 1674.* §. 20. *Mich. God.* WERNHER in lect. commentat. in Pandect. h. t. §. 29. Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts II. Th. §. 559. Not. c. und Ge. Lud. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 3. Band Decis. 246.

einer geistlichen Pfründe zu präsentiren, bestehet, verstanden wissen wollen [58]). Allein so irrig die letztere Behauptung ist, indem der Unterschied zwischen dem Patronatrechte und der geistlichen Gerichtsbarkeit zu sehr einleuchtet, als daß man glauben könnte, daß ersteres unter der Benennung der geistlichen Gerichte zu verstehen sey, vielmehr die eigentliche Bedeutung des Ausdrucks Gerichte, welche doch unstreitig vor allen andern zum Grunde zu legen ist, deutlich zu erkennen giebt, daß unter den geistlichen Gerichten nothwendig die geistliche Gerichtsbarkeit verstanden werden muß, zumal wenn selbige, wie in dem vorliegenden Falle angenommen wird, in der Concessionsurkunde den weltlichen Gerichten entgegen gesetzet worden sind [59]); So grossem Zweifel ist auch die erstere, obgleich gemeine Meinung der Rechtsgelehrten, daß unter der Verleihungsformel mit allen Gerichten die geistliche Gerichtsbarkeit nicht zu verstehen sey, annoch unterworfen. Der Grund, den man zur Unterstützung derselben insgemein anzuführen pflegt, nämlich *quia iurisdictio ecclesiastica*, wie die Worte bey dem Freyherrn von Wernher lauten, *superioritati territoriali connexa, et regulariter extra illam non subsistit*, ist wenigstens von keinem sonderlichen Gewicht, und widerlegt sich durch die vielen Beyspiele, da den Landsässigen von Adel und Mu-

58) HORN Resp. Class. I. resp. 2. et Iur. Feud. Cap. VII. §. 12. BERGER a. a. O.

59) Hiermit stimmen überein Hr. von Buri in der Erläuterung des Lehnrechts S. 671. folg. LEYSER im angef. Specim. medit. 3. pag. 118. STRUV in Elem. iur. feudalis ab Hellfeld edit. §. 123. FLEISCHER Institut. iur. feudal. Cap. IX. §. 43. vorzüglich aber Hr. Hofr. Schnaubert in der Erläuterung des Lehrechts §. 67. S. 113.

Municipal Städten die geistliche Gerichtsbarkeit durch Recesse und Privilegien überlassen worden ist °), von selbst. Eben so wenig kann auch der Umstand, daß die Verleihung der geistlichen Gerichtsbarkeit seltner, als die Verleihung aller weltlichen Gerichte, sey, eine die geistliche Gerichtsbarkeit ausschließende Vermuthung begründen, wenn, wie hier angenommen wird, ausdrücklich alle Gerichte verliehen worden sind. Daß nach der teutschen Staats, und Kirchenverfassung die geistliche Gerichtsbarkeit als ein Theil der bischöflichen Gewalt betrachtet wird, daraus kann auch noch kein hinreichender Grund für jene Meinung hergenommen werden. Vielmehr folgt hieraus, daß wenn dem Landesherrn zugleich die geistliche oder bischöfliche Gewalt in seinem Lande zustehet, er nicht nur vermöge derselben die geistliche Gerichtsbarkeit habe verleihen können, sondern auch, indem er alle Gerichtsbarkeit verliehen, und dabey die geistliche nicht ausgenommen hat, dieselbe habe verleihen wollen. Daher behaupten mehrere Rechtsgelehrte, daß wenn der Landesherr die geistliche Gerichtsbarkeit hat verleihen können, und auch das Subject, welches alle Gerichte erhält, zur geistlichen Gerichtsbarkeit eben so, wie zur weltlichen fähig ist [61]), unter dem allgemeinen Ausdrucke aller Gerichte auch die geistliche Gerichtsbarkeit begriffen sey. Allein es dürfte wohl vor allen Dingen darauf ankommen, ob nach der Verfassung des Landes die geist-

60) Man vergleiche *Christph.* DOHNDORF Diss. de iurisdictione ecclesiastica, quatenus magistratui municipali competat. *Lipsiae 1715.* Cap. III. §. 12. sqq. MEVIUS P. II. Decis. 305. und G. L. BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 173.

61) Schnaubert Erläuterung des Lehnrechts S. 114. folg. MEVIUS P. II. Dec. 305.

liche Gerichtsbarkeit von der weltlichen ganz abgesondert ist, und durch Anordnung eigner geistlicher Gerichtshöfe, unter den Namen der Consistorien, ausschließlich ausgeübt werde, oder nicht, im ersten Falle kann wohl im Zweifel die Verleihung der geistlichen Gerichte nicht vermuthet werden[62]); im letztern Falle hingegen trage ich kein Bedenken, der bejahenden Meinung beyzutreten.

VI) Wenn Streit darüber entstehet, ob Einem die Gerichtsbarkeit, welche er seither ausgeübt hat, rechtmäßig sey ertheilet worden, so ist die Frage alsdann von grosser Wichtigkeit, ob sich der in Anspruch genommene Theil auf seinen Besitz berufen, und die Vortheile der sonst aus dem Besitze entspringenden rechtlichen Vermuthung sich zueignen könne, oder ob er nicht vielmehr seinen Rechtstitel, durch welchen er die Gerichtsbarkeit erworben, anzugeben verbunden sey? Unser Verf. behauptet das letztere. Allein meiner Einsicht nach wird es darauf ankommen, ob ihm von dem Landesherrn selbst die Gerichtsbarkeit streitig gemacht wird, oder ob solches von einem Dritten geschiehet? Im letztern Falle kann der Besitzer zur Edition eines Titels durchaus nicht angehalten werden, sondern er ist so lange in dem Besitze zu schützen, bis derjenige, welcher ihn von der fernern Ausübung der Gerichtsbarkeit ausschließen will, seine Ansprüche durch den gehörigen Weg Rechtens ausgeführt hat[63]).

Die

62) MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 66. pag. 131. et §. 75. pag. 148.

63) HANNESEN Diss. de iurisdictione §. VII. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 331.

Die rechtliche Vermuthung, die für einen jeden Besitzer streitet, daß derselbe die innhabende Sache rechtmäßiger Weise besitze [64]), findet auch hier ohne allen Zweifel Statt. Denn beyde Theile befinden sich hier in pari causa, weil der Proceß unter Privatpersonen geführet wird, und in einem solchen Falle muß nach einer bekannten Rechtsregel jederzeit für den Besitzer gesprochen werden [65]). Allein ob dem Besitzer auch gegen den Landesherrn dieser Vortheil des Besitzes zu statten komme, ist eine andere Frage, worüber sehr gestritten wird. Die meisten Rechtsgelehrten sind zwar der verneinenden Meinung, und nehmen zum Grundsatze an, daß der Landesherr von seinem Unterthan, der sich ein wesentliches Hoheitsrecht anmaßt, die Rechtfertigung des von dem letztern vorgeschützten Besitzes zu begehren berechtiget sey. In Gemäßheit desselben könne also der bloße Besitz nicht von der Angabe des Titels befreyen, sondern es müsse der Besitzer in einem solchen Falle beweisen, daß die angemaßte Gerichtsbarkeit auf eine rechtmäßige Art durch Privilegium, Contract, Belehnung u. dgl. erworben worden sey. Nur ein unvordenklicher Besitz könne die Stelle einer ausdrücklichen Concession vertreten, und sey einem erwiesenen Rechtstitel gleichzuachten [66]). Allein es fehlt auch nicht

64) §. 4. *I. de Interdict. L. 11. C. de petit. hered. L. 28. C. de Rei vind.*

65) *L. 118. pr. D. de R. I.* in pari causa possessor potior haberi debet.

66) STRYK Us. mod. Pandectar. ad Tit. de iurisdictione §. 27. sqq. und in Comment. de necessitate edendi titulum possessionis Cap. III. per tot. de COCCEJI ius civ. controv. Lib. XLIX. Tit. 14. Qu. 2. Carl Adolph Braun Abh. in wie ferne man den Titel anzugeben hat, wenn man sich entgegen den Landesherrn

nicht an Rechtsgelehrten, welche der entgegengesetzten Meinung sind, nämlich daß auch der Landesherr die Anführung des Besitzes und die daraus für den Besitzer entstehende rechtliche Vermuthung gegen sich gelten lassen müsse. Ja sie behaupten sogar, daß die summarische Possessorienklage (*possessorium summariissimum*), worin man sich auf den neuesten ruhigen Besitz zu dem Ende, um darin geschützt zu werden, gründet, gegen den Landesherrn statt finde[67]). Allein ich kann mich von der Richtigkeit dieser Meinung zur Zeit noch nicht überzeugen. Denn da die Ge-

herrn auf den Besitz gründet, §. 7. folgg. (in den Erlangischen gelehrt. Anzeigen auf das Jahr 1750. N. 10. S. 78 folgg.) *God. Lud.* MENCKEN in Diss. de qualitate possessionis in processu possessorio summariissimo *Lipsiae 1744.* §. VI. lit. b. Claproth Einleitung in die sämtl. summarischen Processe II. Abschn. II. Hauptst. I. Tit. §. 32. Eichmann a. a. O. S. 330. Ernst Fried. Pfotenhauer Abhandl. über das gerichtliche Verfahren in Sachen, welche den neuesten Besitz betreffen. (Leipzig 1797. 8.) §. 14 Danz Grundsätze der summarischen Processe §. 16. nr. IV. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 133.

67) *Tob. Iac.* REINHARTH in select. Observat. ad CHRISTINAEI decisiones Vol. I. Obs. 38. Joh. Andr. Hofmann in der T. Reichspraxis II. Th. §. 1454. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 146. Struben Unterricht von Regierungs- und Justizsachen §. 14. not. c. Hofr. Schnaubert in den Anfangsgr. des Staatsrechts der gesammten Reichslande §. 120. Not.*) S. 83. Lobethan von der Gerichtsbarkeit. I. Th. 2. Abschn. §. 24. S. 45. SCHORCH nova Collectio Responsor. et Sententiar. Facultat. iurid. Erford. nr. IV. und *Aug. Henr.* GOECKEL Diss. possessorium summariissimum an et quatenus aduersus principem a subditis possit institui. *Erlangae 1798.* §. 19.

Gerichtsbarkeit ohne Zweifel unter die Hoheitsrechte gehört, so steht den Unterthanen der Regel nach ein solches Recht nicht anders zu, als in sofern es der Landesherr ihnen überlassen hat. Der Unterthan hat daher immer die Vermuthung gegen sich, der dieserhalb vom Landesherrn in Anspruch genommen wird; und diese ihm entgegenstreitende Vermuthung ist so stark, daß solche durch den Besitz allein nicht entkräftet werden kann. Denn der streitige Gegenstand ist so beschaffen, daß solchen kein Unterthan besitzen kann, der nicht einen gerechten Titel, oder wenigstens eine unvordenkliche Verjährung, welche statt des Titels ist, zu erweisen vermag. Aus diesen Gründen kann demnach die sonst für den Besitzer streitende rechtliche Vermuthung hier in keine Betrachtung kommen, sondern es muß dieselbe, als die schwächere Vermuthung, nothwendig der stärkern weichen, welche für den Landesherrn, als der ersten Quelle aller Gerichtsbarkeit in seinem Staate, streitet. Hiermit stimmt auch das canonische Recht überein[68]). Und das eben dieses der heutigen gemeinen Praxis gemäß sey, bewei-sen die in den Schriften der practischen Rechtsgelehrten vorkommenden Beyspiele[69]). Es versteht sich jedoch von selbst, daß der Unterthan seines vermeintlich hergebrachten Rechts durch

68) *Cap. 9. X. de probat. cap. 7. de privil in 6to.*

69) Man vergleiche *de* CRAMER Observation. iuris universi Tom. I. Observ. 378. MEVIUS P. I. Decis. 44. not. 6. et P. IV. Dec. 357. *L. B. a* WERNHER Observation. for. Tom. I. P. II. Obs. 366. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. X. Specim. DCLVII. med. 30. KIND Quaestion. forens. Tom. I. cap. 45. pag. 188. et Tom. III. cap. 10. pag. 87. und Klein merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen Facultät 1. Band Nr. XIX. S. 150.

durch einseitige Regierungsverordnungen de facto nicht entsetzet werden dürfe, indem ein solcher Fall, wo einem sein Besitz genommen werden soll, den er für rechtmäßig angiebt, sich nie zur bloßen Regierungssache qualificirt, sondern allerdings in die Zahl der Justitzsachen gehört, worüber Keinem das rechtliche Gehör zu versagen ist [70]).

§. 190.

Unterschied zwischen Magistratus **und** Iudex **nach römischen und teutschen Rechten. Verschiedene Arten der** Iudicum **bey den Römern. Vereinigung der** *L. 10. D. h. t.* **und** *L. 77. D. de iudiciis.*

Diejenige Person, welche dazu authorisirt ist, über das Mein und Dein in einzelnen Fällen vermittelst eines Urtheils aus den Gesetzen das Recht zu schöpfen, und dasselbe vermittelst äusserlichen Zwangs zu handhaben, oder, welches eben so viel ist, die Gerichtsbarkeit mit Bestand auszuüben, nennt man eine Magistrats- oder Obrigkeitliche-Person. Die Römer machten einen Unterschied zwischen Magistratus und Iudex. Nur ersterer hatte die Gerichtsbarkeit, letzterer hingegen nichts als Notio. (§. 186.) Ein römischer Magistrat erkannte nämlich nicht immer selbst, sondern nur, wenn es entweder bloß auf eine Rechtsfrage ankam, oder die Sache keinen Auf-

70) K. Wahlkap. Art. XIX. §. 6. Pütters auserlesene Rechtsfälle II. Bandes 4. Th., Resp. CCXXXVIII. Quaest. XV. n. 241. S. 1062. und Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Processes 2. Band Nr. XXVI. §. 17.

Aufschub litte, oder sonst sehr begünstiget war [71]). Dieses Verfahren hieß *cognitio extraordinaria* [72]). Sonst war der Magistrat nur eigentlich Präsident des Gerichts [73]), und nahm dasjenige vor, wobey es mehr auf Befehle zur Einleitung des Processes und Vollstreckung der Rechtssprüche, als auf Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatsachen ankam. Kam es daher auf die Erörterung factischer Umstände an, wovon die Entscheidung des Processes abhieng, so gab er den Partheyen gewöhnlich einen Judex [74]). Dieß war einer von seinen Beysitzern, dergleichen der Prätor in dem Centumviralgericht anfangs 105. nachher aber, zu den Zeiten der Kaiser, hundert und achtzig hatte, welche in vier Consilia getheilt waren [75]). Mit diesen entschied er die wichtigern Rechtsfälle, wo es hauptsächlich auf eine streitige Rechts-

71) NOODT de iurisdict. et imperio Lib. I. c. 7. sqq. besonders QUINDANADUEGNA de iurisd. et imperio Lib. I. Tit. 5. (Tom. II. *Thes. Meermann.* pag. 227.)

72) Zuweilen auch animadversio. *L. 15. §. 28. D. de iniur.* Daher sagt der Prätor in seinem Edict: *Uti quaeque res erit,* ANIMADVERTAM. *L. 1. §. 1. D. de minorib. XXV. ann. L. 15. §. 25. et 28. D. de iniur.* Man sehe übrigens Tit. Dig. *de extraordinariis cognitionibus,* und MALBLANC Conspect. rei iud. §. 6.

73) PLINIUS *lib. V. epist. ult.* verb. Praetor, qui Centumviralibus praesidet. Conf. SICCAMA de iudicio centumvirali lib. I. Cap. XII.

74) Daher sagt *L. 8. et 9. D. de off. Praes.* Praesidem Provinciae aestimare debere, *utrum ipse cognoscat, an iudicem dare debeat.*

75) PLINIUS *lib. VI. Epist. 33.* Daß zur Zeit der freyen Rep. mehr als 105 Centumviralrichter gewesen, ist unerweißlich. S. Zepernick in Animadv. ad SICCAMAM pag. 70. not. h.

Rechtsfrage ankam [76]). Zur Erörterung factischer Umstände hingegen bestellte der Prätor der Partheyen einen von seinen Beysitzern zum Judex [77]), welcher *iudex pedaneus* genennt wurde, quia ad pedes Praetoris sedebat in subsellis [78]). Dieser erhielt zugleich ein Formular, wornach er erkennen mußte: z. B. *Si paret, dari oportere, condemnato* [79]). Mußte sich der Judex streng an die ihm ertheilte Instruction halten, und nach Maasgabe derselben auch nach Beschaffenheit der Umstände den Beklagten entweder verurtheilen oder absolviren [80]), so hieß ein solches Verfahren

76) QUINTILIAN. lib. XII. *Orator. Institut.* cap. 5. SENECA lib. III. *de Benefic.* cap. 7. ROLLE hist. iur. civ. de assessoribus magistratuum Rom. *Lipsiae 1787.* et ZEPERNICK ad *Siccamam* de iudicio centumvirali pag. 17.

77) Wie gewöhnlich dieses gewesen seyn müsse, erhellet aus Cicero lib. I. *ad Quint. Fratr.* ep. 2. Quid? Praetor solet iudicare, DEBERI? Conf. NOODT de iurisdict. et imp. lib. I. cap. 8. und meine Opusc. Fasc. II. pag. 389. sqq.

78) S. *Io.* HOP Diss. de iudicibus a Praetore et provinciarum Rectoribus ad causas privatas diiudicandas dari solitis: in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. Belgicar.* Vol. I. T. II. DIETMAR iudex pedaneus *Ienae 1743.* und KNORR Diss. de usu pr. doctr. de praetore et iudice pedaneo *Halae 1756.*

79) ZEPERNICK ad SICCAMAM pag. 26. Not. d.

80) Denn die Formel: *Si paret, condemna*, berechtigte auch den Richter, in dem entgegengesetzten Falle, *si non paret*, den Beklagten von der angestellten Klage zu entbinden; wie Paulus *L. 3. D. de re iudic.* und Ulpian *L. 37. D. de Reg. Iur.* lehren. In dem 51sten Buche ad Sabinum handelte Ulpian von der Bestellung eines Judex Pedaneus, und desselben Instruction, wie aus den übrigen Fragmenten erhellet. S. NOODT de iurisdict. et imp. lib. I. cap. 13.

ren *iudicium ſtricti iuris.* Gab ihm der Prätor freyere Hände, durch die Formel: quantum aequius melius id dari, ſo hieß dieſes *iudicium bonae fidei*[81]). Denn hier konnte der Judex die Billigkeit zum Maaßſtabe nehmen, und dem Kläger auch Verzugszinſen, Früchte, und alles, was zwar nicht ausdrücklich verſprochen war, aber doch die Billigkeit erforderte, zuerkennen[82]). Der Judex hieß in dieſem letztern Falle *arbiter*[83]), das ganze Verfahren aber *arbitrium*[84]). Was dem Prätor in Rom die Centumviralrichter, dieß waren dem Präſes in der Provinz zwanzig Recuperatores[85]). Wenn jedoch der Prätor oder Präſes zuweilen in einer Rechtsſache mehrere Privatrichter zu beſtellen nöthig fand, ſo wurden auch dieſe *Recuperatores* genennt[86]). Von allen dieſen Privatrichtern waren aber die

81) ZEPERNICK. cit. loc.

82) HOP cit. Diſſ. Cap. III.

83) CICERO lib. III. *de officiis* cap. 17. Orat. *pro Roſcio Com.* cap. 9. *pro Roſcio Amerin.* cap. 39. *L. 24. D. depoſiti; L. 76. D. pro ſocio, L. 52. §. 2. D. fam. erciſc.* Man verwechsle dieſe arbitros iuris nicht mit den Schiedsrichtern oder arbitris compromiſſariis, von welchen in Tit. Dig. *de receptis, qui arbitrium receperunt, ut ſententiam dicant*, gehandelt wird.

84) Man leſe hier die ſchöne Stelle des Cicero in *Orat. pro Roſcio Comoedo* cap. 4. wo er den Unterſchied inter iudicium et arbitrium vortreflich erläutert.

85) Zepernick ad SICCAMAM pag. 87. not. c.

86) CICERO *pro Flacco* cap. 21. lib. III. *in Verrem* cap. 12. *pro Caecinna* cap. 3. et 21. *Divinat. in Caecil.* cap. 17. *in Verrem* lib. V. c. 30. und GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XX. c. 1. Conf. HOTMANNUS ad CICERON. pro Caecinna cap. 1. HERALDUS lib. V. Obſervat. ad ius Attic. et Rom. Cap. XIV. n. 15. ſqq.

die *Decemviri litibus iudicandis* [87]) verschieden, über welche unter den Gelehrten viel gestritten worden ist [88]). Sie scheinen, den Nachrichten zu Folge, die wir von ihnen bey den Alten finden, die Gehülfen des Prätors, vorzüglich im Centumviralgerichte und in der Abwesenheit desselben seine Stellvertreter gewesen zu seyn [89]). Denn da das Centumviralgericht aus vier verschiedenen Tribunalen oder Consiliis iudicum bestand, so war ein Prätor zur Direction eines Gerichts von solchem Umfange nicht hinreichend [90]). Alle diese römischen Richter hatten nun keine Jurisdiction, denn diese war eigentlich bey der dem Gerichte vorgesetzten obrigkeitlichen Person, sondern sie hatten, selbst die Decemvirs

nicht beweißt mit vielen Gründen, daß diese Recuperatores zur Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatsachen bestellet worden. Allein FERRATIUS lib. I. Epist. 3. und nach ihm HOP cit. Diss. Cap. III. pag. 545. haben gezeigt, daß Recuperatores von einem andern iudex privatus in nichts, als in der Zahl, unterschieden gewesen.

87) Ihrer gedenkt Pomponius *L.* 2. §. 29. *D. de O. I.* Deinde cum esset necessarius magistratus, qui hastae praeesset: *Decemviri litibus iudicandis* sunt constituti; auch PLINIUS *lib. V. ep. ult.* Sedebant iudices (ohne Zweifel Centumviri) venere *Decemviri.* Add. SUETONIUS in *vita Augusti* cap. 35.

88) Die verschiedenen Meinungen der Gelehrten prüft Zepernick ad SICCAMAM pag. 73.

89) SICCAMA de iudicio centumvir. Cap. IX. HOP cit. Diss. Cap. I. pag. 512. NOODT de iurisdict. et imp. lib. I. cap. 12. RAEVARDUS in Protribunal. cap. 19. GEBAUER de iurisdictione Cap. I. §. 10. MALBLANC Conspect. rei iud. §. 13.

90) Zepernick ad SICCAMAM lib. I. cap. XI. not. m. pag. 97. sq.

nicht ausgenommen[91]), eine bloße Notion. Sie erörterten zwar ſtreitige Rechtsfälle, und ertheilten den Partheyen Sentenzen, allein nicht aus eigener Macht, ſondern unter der Direction des Magiſtratus, der ſie beſtellt hatte. Dieſer mußte auch ihre Urtheilsſprüche vollziehen[92]). Denn mit Eröffnung der Sentenz war das Amt eines Judex Pedaneus geendiget[93]). Ein anderer Unterſchied zwiſchen einer obrigkeitlichen Perſon und einem Judex war nicht minder wichtig. Ein Magiſtratus durfte weder in ſeiner eigenen Sache noch über ſeine Familie Recht ſprechen[94]). Allein ein Vater konnte ſeinem Sohne, und der Sohn ſeinem Vater zum Judex beſtellet werden[95]). Hierin lag kein Widerſpruch, wie Merillius[96]), Schulting[97]) und Averanius[98]) gezeigt haben. Denn bey Beſtellung eines

91) Zepernick ibid pag. 90. not. g. Pomponius L. 2. §. 29. D. de O. I. nennt ſie zwar magiſtratus, allein in ganz uneigentlicher Bedeutung dieſes Worts. Man ſehe hiervon nach *Io.* HOP in der meh mals angef. Diſſ. Cap. I. bey Oelrichs pag. 513. und Zepernick a. a. O. pag. 73. Ebenderſelbe beweißt auch gegen Siccama pag. 66. not e. daß die Centumviralrichter keine magiſtratus geweſen.

92) *L. 15. pr. D. de re iudic.*

93) *L. 55. D. eodem.*

94) *L. 10. D. de iurisdict.* Qui iurisdictioni praeeſt, neque ſibi ius dicere debet, neque uxori, vel liberis ſuis, neque libertis, vel caeteris, quos ſecum habet.

95) *L. 77. D. de iudiciis.* In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem iudicem habere poteſt.

96) Obſervat. iur. Rom. lib. I. cap. 35.

97) Diſſ. de recuſatione iudicis cap. IX. §. 6.

98) Interpretation. iuris Lib. I. cap. 5.

Judex kam es zugleich auf die Einwilligung der ſtreitenden Partheyen an [99]). Der Magiſtrat wählte zwar den Richter, allein hatte der Gegentheil gegründete Einwendungen, ſo konnte er denſelben recuſiren [100]). Wollte ſich's nun der Gegner gefallen laſſen, daß der Prätor den Vater in Sachen ſeines Sohnes zum Richter beſtellte, den er doch verwerfen konnte, ſo ſtand nichts im Wege, warum derſelbe nicht hätte Judex ſeyn können. Es war ja den ſtreitenden Partheyen erlaubt, den Sohn in Sachen ſeines Vaters zum Schiedsrichter anzunehmen [1]). Warum alſo nicht zum Judex Pedaneus? Der Grund iſt ganz der nämliche. Denn auch das Compromiß hieng von dem freyen Willen der Partheyen ab. Folglich müſſen ſie ſich auch den Ausſpruch des Schiedsrichters gefallen laſſen [2]). Wenn Paulus [3]) zum Entſcheidungsgrunde anführt: Quippe iudicare munus publicum eſt, ſo bezieht ſich dieß ohne Zweifel darauf, daß in Sachen, die das Richteramt des Sohnes betref-

99) CICERO *pro Cluent.* cap. 43. Neminem voluerunt maiores noſtri, non modo de exiſtimatione cuiusquam, ſed ne pecuniaria quidem de re minima, eſſe iudicem, *niſi qui inter adverſarios conveniſſet.* Add. VALERIUS MAX. lib II. cap. 8. ex. 2. et ad Eundem VORSTIUS atque TORRENIUS in Notis.

100) SCHULTING cit. Diſſert. Cap. VI. §. 2. et cap. VIII. §. 2.

1) *L. 6. D. de recept. arbitr.* Quin etiam de re patris dicitur filiumfamilias arbitrum eſſe: nam et iudicem eum eſſe poſſe, plerisque placet.

2) *L. 27. §. 2. D. eodem.* — Sibi imputet, qui compromiſit. Mit Recht ſchließt Averanius a. a. O. n. 19. hieraus: Cum iudex itidem invito non daretur, ſibi imputare debet, ſi quis iudicem in cauſa filii patrem accepit.

3) *L. 78. D. de iudiciis.*

betreffen, die Rechte der väterlichen Gewalt in keine Betrachtung kommen, noch Vater und Sohn wie sonst in Sachen, die auf Privat- und Familienrecht ihre Beziehung haben, für eine Person gehalten werden können [4]). Es erhellet übrigens hieraus, daß Johann Dominicus Marcellus [5]) irrt, wenn er die L. 77. *D. de iudic.* blos auf gewisse feyerliche Privathandlungen, z. E. Adoption, Manumission [6]), oder nur auf solche Privatgeschäfte einschränken will, wo es blos auf den Gerichtszwang ankommt, z. B. wenn der Vater sich weigerte, eine Erbschaft anzutreten, und abzuliefern, so konnte ihn der Sohn, als obrigkeitliche Person, auf Ansuchen des Fideicommißarischen Erben durch Zwangsmittel hierzu anhalten [7]). Denn einmal gehörte so wenig die Bestätigung feyerlicher Privathandlungen, als der Gerichtszwang in den Wirkungskreis eines Judex Pedaneus. Zum andern redet Afrikanus ausdrücklich von *negotiis privatis.* Hierunter sind aber, wie Averanius [8]) richtig bemerkt, keine andern als privatae controversiae, de quibus privata iudicia peraguntur, zu verstehen. Denn daß das Wort *negotium* in der Sprache unserer Gesetze so viel als einen Rechtshandel, oder Proceß, lis, con-

4) In iis enim, quae ad ius publicum pertinent, filius non sequitur ius patriae potestatis. *L. 14. D. ad SCtum Trebell.* sed loco patrisfamilias habetur. *L. 9. D. de his, qui sui vel al. iuris sunt, L. 6. D. quod cuiusq. universit. L. 2. D. de muner. et honor.*

5) Variar. Explanation. iuris lib. III. cap. 72. (*cum praefat. Ge. Ad.* STRUVII *Ienae 1683. denuo edit. 4.*)

6) *L. 3. D. de adopt. L. 18. D. de manumiss. vindict.*

7) *L. 13. in fin. D. ad SCtum Trebell.*

8) am angef. Orte S. 19.

troversia, bedeute, ist etwas bekanntes [9]) Einen dritten Unterschied zwischen Magistratus und iudex in Absicht auf die Handlungen beym Processe, welche theils actus in iure, theils actus in iudicio waren, übergehe ich hier mit Stillschweigen, weil ich davon schon an einem andern Orte dieses Commentars [10]) gehandelt habe. In der Folge hat jedoch der Unterschied zwischen *magistratus* und *iudex* bey den Römern aufgehört. Schon durch eine Verordnung der Kaiser **Diocletian und Maximian** [11]) wurden die Praesides provinciarum angewiesen, in solchen Sachen selbst zu cognoiciren und Recht zu sprechen, wo es vorher gewöhnlich war, iudices pedaneos zu bestellen. Nur dann, wenn sie durch öffentliche Geschäfte, oder durch die zu grosse Menge der Processe gehindert würden, selbst zu cognosciren, sollte es ihnen erlaubt seyn, iudices zu bestellen. Ausgenommen wurden jedoch Freyheitssachen, in diesen sollten sie schlechterdings selbst Recht sprechen. Durch diese Verordnung ward also mos iudicum dandorum noch nicht ganz aufgehoben. Kaiser **Julian** [12]) erlaubte nachher den Praesidibus in allen geringfügigen Sachen iudices zu bestellen, sie möchten gehindert seyn, sie selbst zu entscheiden oder nicht. Allein unter

9) *L. 16. D. de legationib. L. 34. D. de iure fisci. L. 12. C. de appellat.* Daher kommt auch die Redensart negotium facere alicui, welches so viel ist als aliquem litibus vexare. S. *L. 1. D. de calumniat. L. 5. D. de obsequiis parent. L. 6. Cod. de testib.* Conf. BRISSONIUS de Verb. signif. sub voc. *Negotium* n. 6. pag. 898.

10) I. Th. §. 1. S. 8.

11) *L. 2. C. de pedan. iudic.* HOP cit. Diss. de iudicibus etc. Cap. ult.

12) *L. 5. C. eodem.*

unter Justinian hatte dieser Gebrauch ganz aufgehört. Denn in §. *ult. I. de Interdict.* sagt er ganz apodictisch: *omnia iudicia hodie esse extraordinaria* [13]). Man findet jedoch schon vorher, daß in unsern römischen Gesetzbüchern der Name Iudex nicht selten für eine obrigkeitliche Person genommen wird [14]).

Die Teutschen unterschieden ebenfalls Magistráte, Richter und Urtheiler, wie aus den Gesetzen und Urkunden des Mittelalters bekannt ist [15]). Die Magistráte, nämlich Bürgermeister und Rathmänner, verwalteten nur die Policey, und hatten mit Rechtssachen nichts

13) Justinian gedenkt zwar noch in der *Nov. LXXXII* der Iudicum pedaneorum. Allein diese waren von jenen ältern iudicibus ganz verschieden, wie Schulting in Enarrat. part. I. Dig. h. t. §. 26. zeigt. Denn diese hatten eine iurisdictionem mandatam: ihnen konnten Rechtserörterungen von allerley Art, sie mochten factum, oder ius betreffen, übertragen werden; sie hatten auch ihre Exsecutoren, wie aus *cap. 7. Nov. 82.* erhellet. Man sehe *Ant.* SCHULTING Diss. de Recusatione iudicis Cap. XII. §. 2. und MALBLANC Conspect. R. I. §. 29.

14) Eben dieses hat auch schon längst *Lud.* CHARONDAS Πειθάνων lib. I. cap. 3. bemerkt. Ganz richtig erklären daher *Ger.* NOODT in Iulio Paulo cap. 3. und *Henr.* BRENKMANN in Diss. de Legum inscriptionibus §. 14. den Ausdruck Iudex in *L. 5. pr. D. de agnosc. et alend. lib.* in Gemäßheit der Inscription dieser Stelle vom Consul; und Hr. Dir. Zepernick beweißt in seinen eleganten Anmerkungen zum SICCAMA de iudicio centumv. pag. 93. daß unter iudex maior in *L. 32. §. 7. D. de recept. qui arbitr. recep.* eine obrigkeitliche Person, nämlich ein Consul oder Präses der Provinz zu verstehen sey.

15) Man sehe *Io. Th.* SEGERI Progr. de differentia iudicum et magistratuum iuris dicundi apud Germanos. Lipsiae 1774.

zu thun [16]). Die Richter, welche man auch Grafen oder Graven, Schultheißen, Pfleger u. s. m. [17]) zu nennen pflegte, verwalteten die Justitz in den ihnen untergebenen Districten, welche man Gauen nannte. Urteiler endlich nannte man die Beysitzer oder Schöffen in den Grafengerichten, nach deren Rath das Urteil gesprochen wurde [18]). Denn kein teutscher Richter konnte für sich ein Urteil sprechen, sondern er hatte dazu seine Schöpfen, welche aus dem ihnen vorgetragenen Rechtsfalle das Urtheil finden und ertheilen mußten, welches der Richter sodann aussprach [19]). Das sächsische Landrecht sagt dieses ausdrücklich [20]): Der Richter soll gleicher Richter seyn allen Leuten zu richten. Urtheilen soll er auch mit Rath, und selbst weder Urtel finden noch schelden: d. i. der Richter soll weder nach eigenem Gutdünken ein Urtheil geben, noch das ausgesprochene Urtheil verwerfen und abändern [21]); sondern er soll die Schö-

16) Hymmen's Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten, 1ſte Samml. S. 200. folg.

17) THOMASIUS in Diſſ. de iurisdict. et magiſtratuum differentia ſec. mores Germanor. Th. 65. ſqq.

18) S. WALCH Gloſſar. german. interpretat. Conſt. crim. Carol. inſerv. ſ. v. Urteiler.

19) S. Kopps ausführl. Nachricht von der ältern und neuern Verfaſſung der geiſtl. u. civil Gerichte in Heſſen. I. Th. 3. St. 1. Abth. §. 172. S. 230. u. 3. Abth. §. 238. S. 311. am Ende u. folg. auch Reckbachs Anmerkungen über den Sachſenſpiegel S. 72. u. 714.

20) III. Buch. Art. 30.

21) Sonſt heißt ein Urtel ſchelten in der Sprache unſerer Vorfahren eigentlich ſo viel, als wider ein Urtheil appelliren, ſich

Schöpfen um Rath fragen, und was diese für Recht halten, dabey solle es bleiben [22]). Eben so naiv als treffend spricht die Glosse [23]) Wer in gehegtem Ding (Gericht) sitzet, und zu gebieten oder verbieten hat, der ist Richter, und nicht, der daßelbig halten muß. Der aber, so das Urtel findet, muß solches thun um jenes Gebots willen, darum ist nochmals, der das Urtel fraget, der Richter, und nicht, der es findet [24]). Von den Gerichtsschöpfen der alten Teutschen werde ich bey einer andern Gelegenheit [25]) noch ausführlicher handeln. Endlich unter dem Namen der Obrigkeit, oder, wie es im Style der peinlichen Gerichtsordnung eigentlich heißt, Oberkeit wurde theils der Gerichtsherr, und dessen gerichtliche Gewalt [26]), theils der Oberrichter, oder ein oberes landesherrliches Justiz-Collegium [27]) verstanden, wie Walch [28]) aus der Vergleichung der Carolinischen und Bambergischen Halsgerichtsordnung sehr ausführlich gezeigt hat.

Allein heutiges Tages werden die Benennungen Magistrate, Obrigkeiten und Richter meist als gleichbedeutend genommen, indem die Magistrate in der Folge

sich an den höhern Richter davon berufen. Meckbach in den Anmerkungen über den Sachsenspiegel ad lib. III. art. 30. S. 710.

22) Kopp im angef. Buche I. Th. 4. St. §. 401. S. 458. sqq.

23) *Glossa Iur. Prov. Saxon.* Lib. III. Art. 78.

24) PUFFENDORF de iurisdictione german. P. I. Cap. III. §. 3.

25) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 527. S. 445. ff.

26) P. G. O. Art. 127. u. 207.

27) P. G. O. Art. 7. 11. 124. 154. 165. 196. 204. 206. 219.

28) cit. Glossario voc. Oberkeit S. 394. folg.

auch die Gerichtsbarkeit theils vom Landesherrn, theils von denen, die damit beliehen waren, an sich brachten [29]); und derjenige, welchem die Gerichtsbarkeit zusteht, in streitigen Rechtsfällen, nur peinliche ausgenommen, als bey denen die Gesetze die Gegenwart gewisser Besitzer ausdrücklich vorschreiben, gemeiniglich selbst das Urtheil spricht, und auch dasselbe zur Vollziehung bringt [30]).

§. 191.

Eintheilung der teutschen Gerichtsbarkeit in die persönliche, dingliche und patrimonial Gerichtsbarkeit.

Die heutige Gerichtsbarkeit ist nun von sehr verschiedener Art. Man kann sie eintheilen

I) in Ansehung des Rechts, mit welchem sie Jemand zustehen kann. In dieser Rücksicht ist sie entweder eine persönliche (*personalis* s. *administratoria*) oder eine dingliche Gerichtsbarkeit (*iurisdictio realis*), je nachdem sie entweder bloß zur Verwaltung, vermittelst eines öffentlichen Amtes, oder als ein eigenes Recht verliehen worden ist. Die persönliche Gerichtsbarkeit wird entweder von mehreren, die ein Collegium ausmachen z. B. Canzleyen, Hofgerichten, Regierungen; oder von einzelnen Justiz-

29) Hymmen's Beyträge zur juriſt. Litteratur I. Sammlung S. 201. ff.

30) Ganz richtig schreibt daher Heineccius in Elem. iuris civ. ſec. ord. Inſtitut. §. 1327. und 1328. *Non autem hodie obſervatur diſcrimen inter ea, quae* IN IURE, *et quae* IN IUDICIO *fieri dicuntur.* — *Quumque hodie omnia iudicia ſint extraordinaria* (§. ult. I. de Interdict.) *ipſe magiſtratus et cognoſcit, et ſententiam fert, et eandem exſequitur.* Man ſehe auch MALBLANC Conſpect. rei iudic. §. 135.

Justizbeamten ausgeübt, daher die Amtsgerichte entstehen. Sie kann auch außerordentlicher weise Jemanden vermöge eines besondern Auftrags zustehen. Die dingliche Gerichtsbarkeit hingegen ist wieder von zweyerley Art. Sie kann entweder als Anhang und Zubehörung eines bestimmten Grundstücks dergestalt verliehen worden seyn, daß sie mit demselben auf jeden Besitzer übergeht; hier wird sie die Patrimonial- oder Erb- oder Gutsgerichtsbarkeit (*iurisdictio patrimonialis* s. *praediatoria*) genennt: oder sie steht ohne Rücksicht auf den Besitz eines Grundstücks entweder einer moralischen Person d. i. einer ganzen Gemeinheit, z. B. einer Academie, einem Domcapitul, einer Stadt oder Zunft, oder einer einzelnen Person, oder einer gewissen Familie als ein eigenthümliches Recht zu. Diese wird die eigene oder dingliche Gerichtsbarkeit in der engern Bedeutung (*iurisdictio propria* s. *realis in specie talis*) genennt [31]). Das römische Recht kennt keine dingliche Gerichtsbarkeit, wenn gleich Molinäus [32]) aus einer unrichtig verstandenen Novelle des Kaisers Justinian [33]) dieses zu behaupten suchte, welchen

31) Man denke hier an die häufigen Gerichtslehen, welche auch ohne den Besitz eines gewissen Grundstücks gegeben wurden. Viele Beyspiele hat Hr. Hofr. Klüber in seiner Geschichte der Gerichtslehen gesammlet. Man sehe auch HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4205. not. a. und MALBLANC Conspect. rei iud. §. 68.

32) in Consuetud. Paris. §. 2. gl. 4. n. 9.

33) *Nov. LXXX. cap.* 2. Die Worte: qui a nobis sunt iudices constituti, sind nicht, wie Molinäus irrig dafür hält, auf die vorhergehenden agricolarum domini zu ziehen, sondern sie gehen auf die vom Justinian bestellten Richter, vor welchen die

chen *Charle* LOYSEAU [34]) und HERALDUS [35]) deshalb gründlich widerlegt haben. Sie ist also unstreitig teutschen Ursprungs, daher kann das römische Recht, in soferne dieses die bey den Römern allein üblich gewesene persönliche Gerichtsbarkeit voraussetzt, auf dieselbe schlechterdings nicht angewendet werden. Allein so gewiß dieses ist, so wenig kommen die Rechtsgelehrten darin mit einander überein, aus was für einer Quelle dieselbe herzuleiten sey. Sehr viele behaupten, daß diese Art der Gerichtsbarkeit eine Reliquie der ehemaligen Leibeigenschaft sey [36]). Dieser Meinung stimmt auch unser Verf. bey. Man sagt, die herrschaftliche Gewalt, welche den adelichen Gutsbesitzern über ihre Leibeigene zugestanden, habe ihnen in den Zeiten, wo Selbsthülfe in Teutschland erlaubt und unentbehrlich war, die

die Processe zwischen den Gutsherrschaften und ihren Bauern summarisch und ohne Aufenthalt verhandelt werden sollten, wie man aus der richtigern Hombergischen Uebersetzung dieser Novelle ganz deutlich sieht. Man sehe *Io. Pet. de* LUDEWIG in Diss. de praediatoria iurisdictione nobilium ad Nov. 21. et 80. (*Halae 1742.*) Different. 3.

34) des Seigneuries Chap. X. n. 47.

35) in Rerum Quotidianar. quaestionib. lib. I. cap. 7. n. 2.

36) Kopp Nachricht von der Verfassung der geistl. und Civilgerichte in Hessen-Cassel. Landen. I. Theil 3. St. 6. Abtheil. S. 249. ff. HEINECCIUS in Diss. de origine atque indole iurisdict. patrimonialis. Halae 1716. §. 18. u. f. GUNDLING in Protis Dig. h. t. §. 26. pag. 149. Riccius vom landsäß. Adel II. Th. Kap. XIX. §. 37. POTGIESSER de Statu Servorum. Lib. II. c. I. §. 33. sqq. und lib. V. cap. II. §. 16. *de* DALWIGK medit. iurid. de iurisdict. patrimon. Ienae 1754. p. 3. Beneckendorf Oeconom. For. I. Theil I. Hauptst. §. 85. Runde teutsch. Privatrecht §. 702.

die Befugniß gegeben, sich selbst durch Strafen und Zwangsmittel zu dem zu verhelfen, was sie von ihren Bauern zu fordern hatten. Diese ehemalige Gewalt sey nach geschehener Verbesserung des Justizwesens in Teutschland in eine förmliche Gerichtsbarkeit verwandelt worden, welche den Namen der Patrimonialgerichtsbarkeit daher erhalten, weil sie ein zum Patrimonium gehöriges veräusserliches Recht ist. Allein die mehresten Rechtsgelehrten verwerfen jene Meinung, und wollen vielmehr den Grund der Patrimonialgerichtsbarkeit in ausdrücklichen oder stillschweigenden Concessionen der Regenten setzen [37]). Und diese letztere Behauptung scheint allerdings gegründeter zu seyn. Denn die herrschaftliche Gewalt gab den adelichen Gutsbesitzern

37) Dieser Meinung sind unter andern LEYSER Specim. XXIX. med. 4. *de* LUDEWIG Diss. de praediat. iurisdict. nobil. Differ. V. PUFFENDORF de iurisdict. germ. P. II. Sect. III. Cap. I. §. 225. *de* LUDOLF Observat. For. obs. CVIII. p. 295. von Buri Erläuterung des in Teutschl. üblichen Lehnrechts IV. Forts. S. 35. ff. *Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Observat. selectior. forens. Specim. I. Obs. 43. pag. 192. KRESS Diss. de variis iurisdict. crim. generib. Cap. II. Obs. V. §. 6. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER in Meditat. ad Const. Crim. Carol. Art. II. §. 2. IARGOW in der Einleitung zu der Lehre von den Regalien S. 234. Meister Abhandl. vom peinl. Processe S. 459. ff. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts 2. Th. §. 563. EISENHART Institut. iur. germ. priv. Lib. IV. Tit. I. §. 6. PÜTTMANN Elem. iuris crim. Lib. II. c. IV. §. 728. Schnaubert im Staatsrechte der gesammten Reichslande §. 322. Lobethan von der Gerichtsbarkeit I. Th. 2. Abschn. 1. Hauptst. §. 6. Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 364. ff. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4205. nr. II. und MALBLANC Conspect. rei iud. §. 73.

sitzern blos das Recht zum Dienstzwange, dieser aber ist von der Patrimonialgerichtsbarkeit ganz verschieden, es ist auch nicht erweißlich, daß die Edelleute und andere Gutsherren vermöge ihrer herrschaftlichen Gewalt das Recht gehabt hätten, ihre Bauern vor sich, als ihre Richter, zu laden, und ihre unter einander oder mit Fremden habende Steitigkeiten wider ihren Willen zu entscheiden, sie mußten vielmehr die Untersuchung und Entscheidung derselben der ordentlichen Obrigkeit überlassen. Daher man noch heutiges Tages in verschiedenen Landen, wo noch Leibeigenschaft herrscht, adeliche Gutsbesitzer antrift, welchen keine Patrimonialgerichtsbarkeit zusteht, wie auch diejenigen nicht läugnen können, die die entgegengesetzte Meinung vertheidigen [38]). Dahingegen finden wir in denjenigen Ländern, wo man keine leibeigene Bauern gehabt hat, eben so frühe Spuren einer Erbgerichtsbarkeit. Es ist daher mehr glaublich, was der sel. Canzler v. Ludewig [39]) behauptet hat, daß die teutschen Landesherren dem niedern Adel zur Vergeltung des von demselben übernommenen Lehnsnexus die Patrimonialgerichtsbarkeit verliehen haben, um andere zugleich dadurch anzulocken, ihnen ihre freye Allodien zu Lehn aufzutragen. Hieraus läßt sich wenigstens erklären, warum die Patrimonialgerichtsbarkeit den Adelichen bey ihren Gütern und mit denselben meistentheils als ein Lehn zusteht, bey den Allodialgütern derselben aber nur sehr selten angetroffen wird. Noch eins fällt mir hierbey ein; wenn alle adeliche Herrschaften die Jurisdiction vermöge ihrer herrschaftlichen Gewalt über ihre Leibeigenen gehabt hätten, wozu

38) POTGIESER lib. II. cap. I. §. 36.

39) cit. Dissertat. different. V. und in praef. iuris clientel.

wozu wäre es nöthig gewesen, in den Provinzen mit nicht geringen Kosten Gaugrafen und Landrichter zu unterhalten [40])? Und wie hätte der Verfasser des Alemannischen Landrechts [41]) sagen können: Niemand mag gesprechen, daß ein Gericht sein aigen sey? Ein Beweiß, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit eine Erscheinung neuerer Zeiten seyn müsse. Denn in den Urkunden des zehnten und eilften Jahrhunderts finden sich noch keine sichere Spuren von derselben. Ob sie indessen noch vor dem dreyzehnten Jahrhundert aufgekommen sey, ich streitig. Lochmann [42]) bemüht sich, solches zu erweisen. Allein die Urkunden, die er anführt, gedenken der Erbgerichte nicht ausdrücklich. Ich nehme diejenige aus, welche er vom Jahr 1187 anführt [43]). Allein auch diese beweißt vielmehr unsern Satz, daß der Ursprung der Patrimonialgerichtsbarkeit aus landesherrlicher Concession herzuleiten sey. Eine Menge Urkunden des dreyzehnten Jahrhunderts läßt uns noch weniger hieran zweifeln [44]). Diese beweisen zugleich

40) Mit dem Ursprunge der adelichen Gerichten kamen in der Folge die sogenannten Landgerichte ab. S. Entwurf einer gründl. Nachricht von den ehemal. Landgerichten in Teutschland.

41) cap. 9. pag. 147. nach der Bergerschen Ausgabe.

42) in Diss. de iurisdictione patrimoniali. *Lipsiae 1766.* §. 6.

43) bey MENCKEN in Scriptor. Rer. Germ. T. I. pag. 589. wo Bischoff Hartwich von Bremen in einer Stiftungsurkunde sagt: Donamus eis etiam *Horst* et *Sture* cum banno, decimis et *omni iurisdictione.*

44) Siehe Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts a. angef. Orte S. 367. Not. a.

zugleich, daß vor geschehener Concession die Landesherren entweder selbst oder durch ihre Beamten die Gerichtsbarkeit über die Bauern und Leibeigenen der adelichen Gutsherrschaften haben verwalten lassen[45]). Ich übergehe andere Gründe[46]), und bemerke nur noch, daß die so sehr bestrittene Frage, ob im Zweifel die Vermuthung für den Edelmann streite, daß ihm die Gerichtsbarkeit über seine Bauern zustehe? aus jenen Prämissen lediglich zu entscheiden sey. Sie wird von allen denjenigen bejahend beantwortet, welche die Patrimonialgerichtsbarkeit für eine Folge der ehemaligen Leibeigenschaft halten[47]). Von denjenigen aber verneinet, welche über den Ursprung der Erbgerichte mit uns einerley Meinung sind[48]). Es muß daher billig der Edelmann, welcher sonst keine Vermuthung für die Befugniß seiner Gerichtsbarkeit anzuführen weiß, als daß die Bauern, über die er sich solche anmaßt, nach seinem Hofe oder Gute frohnen, oder Zinß entrichten[49]), beweisen, daß ihm die Ge-

45) Eine sehr merkwürdige Urkunde vom Jahr 1302. aus WILCK Ticemanno s. vita Theodorici n. 127. führt Hr. Prof. Biener in Diss. de iurisdictione ordin. et exemta (*Lipsiae 1777.*) Cap. II. §. 13. in fine an.

46) Man vergleiche noch Joseph Edler von Seifried Geschichte der ständischen Gerichtsbarkeit in Bayern 1. Th. München 1791. 8. und Desselben Abhandl. von Erbgerichtsherrschaften.

47) POTTGIESER a. a. O. §. 47. pag. 339. HEINECCIUS Elem. iur. germ. lib. III. Tit. I. §. 52 — 60.

48) von Buri Erläuterung des Lehnrechts a. a. O. S. 39. von Selchow Elem. iuris germ. §. 290.

49) Man sagt zwar insgemein, wer das Rauchhuhn und den Hofedienst hat, sey für den Gerichtsherrn zu

Gerichtsbarkeit entweder von dem Landesherrn verliehen worden, oder daß solche von undenklicher Zeit her bey seinem Gute hergebracht oder sonst rechtmäßig erworben sey [50]). Die Meinung einiger Rechtsgelehrten, als ob die Patrimonialgerichtsbarkeit gewöhnlich mit den Lehngütern verbunden sey [51]), kann den Vasallen, sofern derselbe vom Landesherrn in Anspruch genommen wird, von der Edition seines Titels nicht befreyen, wenn ihm nicht etwa, wie in Mecklenburg und Pommern, die Observanz zu statten kommt [52]).

§. 192.

zu halten, S. Hymmens Beyträge zu der juris. Litteratur I. Samml. S. 215. und POTTGIESER §. 44. allein schon Grundmann in der Adelshistorie Kap. I. S. 17. Not. 1. bestreitet dieses Kennzeichen. Man sehe auch Bodmann vom Rauchhuhn, in Siebenkees Beyträgen zum teutschen Recht. 5. Th. Nr. 1.

50) Es ist merkwürdig, daß HEINECCIUS in Diss. de orig. et ind. iurisd. patrim. §. XXI. seiner entgegengesetzten Meinung von dem Ursprunge der Patrimonialgerichtsbarkeit ungeachtet, dennoch hierinn völlig mit mir übereinstimmt. Die Art, wie er diese Folge mit seinem Grundsatze in Verbindung bringt, ist folgende. *Cum iurisdictio*, sagt er, *conniventibus principibus ex potestate in rusticos dominica nata sit, atque adeo nulla pro nobilibus militet praesumtio, quod iis concessa sit iurisdictio, merito sibi princeps titulum edi postulat, nec sufficit adeo, quae alias sufficere aliquamdiu solet, nuda possessio.* Allein wer fühlt das Gezwungene dieser Vorstellungsart nicht? Von den verschiedenen Erwerbungstiteln der Patrimonialgerichtsbarkeit handelt MALBLANC in Conspect. rei iudic. §. 70.

51) BEYER in Delineat. iur. Germ. lib. I. cap. IV. §. 13. WERNHER lect. Commentat. ad Dig. h. t. §. 32.

52) MEVIUS P. II. Decis. 314. n. 4. TORNOV de feud. Mecklenburg. Sect. II. cap. 5. §. 5. TADDEL Diss. de iurisdictione patrimoniali, sec. iura Mecklenb. *Rostochii 1765.* §. 5. 7. 13.

§. 192.

Beschaffenheit und Umfang der Patrimonialgerichtsbarkeit. Kann der Gerichtsherr seine Unterthanen bey seinem Gerichte belangen?

Die Patrimonialgerichtsbarkeit ist nun ihrer Beschaffenheit nach als eine Zubehörung desjenigen Gutes anzusehen, an welchem sie klebt, und gehört zu dem eigenen Vermögen des Gutsbesitzers [53]). Dieselbe kann daher ein jeder haben, welcher die Befugniß hat, solche Güter, mit denen sie verbunden ist, zu besitzen. Es kommt nicht darauf an, daß der Besitzer auch die zur Verwaltung des richterlichen Amtes erforderlichen Fähigkeiten habe. Denn ich rede hier nur von der Patrimonialgerichtsbarkeit an sich selbst, als einem zum Patrimonium gehörigen Rechte, nicht von der Ausübung derselben. Daher kann sie auch Frauenspersonen, Minderjährigen u. s. w. zustehen [54]). Nur muß in einem solchen Falle zur Verwaltung der Patrimonialgerichtsbarkeit von der Gerichtsherrschaft ein Gerichtshalter oder Justiziarius ernannt werden [55]). Sonst hängt es von der Willkühr des Gerichtsherrn ab, ob er, insofern er nämlich die erforderlichen Rechtskenntnisse, und die übrigen Eigenschaften eines Richters besitzen sollte, die ihm zustehende Gerichtsbarkeit selbst ausüben [56]), oder zur Aus-

53) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß, I. Th. II. Abschn. §. 23.

54) *Io. Henr.* GRAMS Exercit. de foemina, iurisdictionem patrimonialem habente. *Altorf. 1706.* LOCHMANN Diss. de iurisdict. patrimon. §. VII. pag. 22.

55) HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4205. nr. III.

56) Ein Patrimonialgerichtsherr, welcher die Gerichtspflege persönlich verwalten will, muß jedoch auch auf das Richter-

amt

Ausübung derselben einen Gerichtshalter bestellen will [57]; nur darf sich in diesem Falle der Patrimonialgerichtsherr in die gerichtlichen Verfügungen nicht mischen, welche dem beeidigten Justiziarius übertragen sind [58]). Hiervon wird unten in der Lehre von der iurisdictione mandata (§. 208.) ein mehreres vorkommen.

Da die Patrimonialgerichtsbarkeit zu dem eigenen Vermögen des Besitzers gehört, so wird sie als ein veräusserliches Recht angesehen, welches auch zu Gelde angeschlagen werden kann [59]). Es steht daher dem Gutsherrn frey, dieselbe sowohl mit als ohne das Gut, worauf sie haftet, zu veräussern [60]), zu verpachten [61]), zu verpfänden [62]), und

 durch

amt eidlich verpflichtet seyn. Ohne eine solche eidliche Verpflichtung ist die persönliche Verwaltung des Richteramts ganz unzulässig. Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 2. u. 3. S. Frid. von Bülows und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Bd. Erört. XXIX. S. 243. f. Anderer Meynung ist jedoch Quistorp in den Grundsätzen des peinl. Rechts 2. Th. §. 539. S. 19.

57) BROCKES Obs. 362. *Goth.* BARTH Diss. de iurisdictione, quam illustres et nobiles per Officiales exercere solent. *Lipsiae 1698.* et in Vol. Dissert. p. 463. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Th. S. 374.

58) von Bülow und Hagemann a. a. O.

59) Eine Hauptschrift ist *Mich.* GRASSI Tract. de modo et iure taxandi iurisdictionem. *Tubingae 1724.* 4.

60) Moser von der teutschen Justizverfassung 1. B. S. 49. Meisters Abh. des peinl. Processes 4. Th. Hptst. 11. §. 2.

SCHWE-

durch jeden andern Titel einem andern zu überlassen[63]). Es ist hier noch zu bemerken, daß bey dem Anschlage der Patrimonialgerichtsbarkeit nicht blos der Nutzen und Ertrag derselben z. B. an Sporteln und Geldbussen, sondern vorzüglich auch die damit verknüpfte Ehre und Würde eines Gerichtsherrn in Betrachtung kommt[64]), wodurch, nach der Meinung practischer Rechtsgelehrten[65]), der Werth der Gerichtsbarkeit dergestalt erhöhet wird, daß wenn die Gerichtseinkünfte z. E. des Jahrs nur 200 fl. betragen, dennoch dieselben der Würde halben zu 500 fl. jährlichen Ertrages

SCHWEDER Diss. de iurisdictione per investituram feud. concessa §. II. in Collect. Diss. Tom. I. Diss. XXII.

61) HEINECCIUS de locatione conductione iurisdictionis *Halae 1738.* *Iac. Aug.* FRANCKENSTEIN Disp. de locatione iurisdictionis. *Lipsiae 1747.* Ist das Gut mit allen Zubehörungen, ohne ausdrückliche Ausnahme der Patrimonialgerichtsbarkeit, verpachtet worden, so ist dieselbe im Zweifel unter dem Pachtcontract mit gegriffen. CARPZOV Resp. iuris Lib. V. Tit. III. Resp. 15. n. 5. sqq. et in Disputat. feudal. Cap. IV. §. 24. LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandectar. lib. XIX. Tit. II. §. 20. STRYK Us. Mod. Pandect. eod. lib. et tit. §. 67. Außerdem hat der Pächter die Vermuthung gegen sich. STRYK Cautel. Contract. Sect. II. Cap. IX. §. II. STRUV Syntagm. iur. feud. Cap. VI. aphor. 18. n. 4. FRANCKENSTEIN cit. Disp. §. XV.

62) *Gust. Henr.* MYLII D. de oppignoratione iurisdictionis. *Lipsiae 1742.*

63) MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 68.

64) MALBLANC c. l. pag. 136. not. g.

65) GRASSUS cit. Diss. §. IX. LAUTERBACH Colleg. Th. Pr. Pandect. Lib. XVIII. Tit. I. §. 57. in fin. MÜLLER ad STRUVII Syntagm. Iur. Civ. Ex. XXIII. Th. 19. Not. ſ. n. X.

trages angeschlagen werden können. Weil jedoch die Jurisdictionsnutzungen unbeständig, und bald steigend bald fallend sind, so ist der Ertrag derselben jederzeit aus mehreren Jahrgängen, z. B. aus einem Ueberschlage von 10 Jahren, zu berechnen, und das Ganze mit der nämlichen Jahrzahl, die man angenommen hat, z. B. mit 10 zu dividiren, um zu wissen, was die Gerichtsbarkeit ein Jahr in das andere gerechnet ertragen möchte. Dieses jährliche Einkommen wird zum Capital geschlagen, in dem projectirten Anschlag darauf der Calculus gezogen, und als der wahre Werth der Patrimonialgerichtsbarkeit ausgeworfen[66]).

Der Umfang derselben muß theils aus den darüber sprechenden Privilegien, theils aus der Verfassung und dem Herkommen eines jeden Landes beurtheilt werden[67]). Im Zweifel ist sie bloß auf die niedere oder die Civilgerichtsbarkeit einzuschränken, bis ein mehreres erweißlich gemacht werden kann[68]). Jedoch erstreckt sich dieselbe über alle in dem Districte des Gutes wohnende, oder sich aufhaltende Personen, und sowohl über die Bauern und Leibeigene, als über freye und fremde Personen, insofern nicht etwa ein privilegirter Gerichtsstand eine Einschränkung machen sollte[69]). Allein die Ehefrau und Kinder des Gerichts-

 herrn

66) Beyspiele von solchen Berechnungen findet man bey GRASSUS in dem angef. Tract. pag. 91. et sqq.

67) Pütters Rechtsfälle II. Bandes IV. Theil Resp. 238. n. 100. S. 1047.

68) Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts IV. Buch 2. Hauptst. §. 704. MALBLANC Conspect. rei iudiciariae §. 75.

69) *de* BOEHMER in Meditat. in Const. crim. Carol. Art. II. §. 2.

herrn sind der Patrimonialgerichtsbarkeit desselben nicht unterworfen[70]). Diesen kommen die Rechte des Gerichtsstandes ihres Vaters und resp. Mannes zu[71]). Der Gerichtsherr selbst aber stehet nicht unter seinen Gerichten, sondern dieser muß, nachdem er amtssäßig oder schriftsäßig ist, entweder vor der höhern Instanz oder vor dem Amte belangt werden[72]).

Ob die Patrimonialgerichtsbarkeit auch in eigenen Ansprüchen des Gerichtsherrn an seine Unterthanen zuständig sey? ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Soviel ist wohl außer Zweifel, daß wenn der Gerichtsherr seine Gerichtsbarkeit in eigener Person verwaltet, er nicht Richter in seiner eigenen Sache seyn könne[73]). Hier würde die *L. un. Cod. Ne quis in sua causa iudicet* gegen ihn volle Anwendung finden, wo es heißt: Generaliter lege decernimus, neminem sibi esse iudicem, vel ius sibi dicere debere: *in re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae.* Heineccius[74]) meint zwar, das Römische

70) LEYSER Spec. XXIX. med. 6. Quistorp Grundsätze des peinl. Rechts II. Th. §. 564. *Io. Tob.* RICHTER Diss. de filio iurisdictioni paternae patrimoniali non subiecto. *Lipsiae 1745.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4205.

71) Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts IV. Theil S. 381.

72) *Gottfr. Lud.* MENCKEN in Diss. de iure conveniendi subditos in proprio iudicio. (*Vitemb. 1717.*) §. XXIV.

73) S. Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. XXXII. u. von Bülows und Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. B. Erört. XXIX. S. 244.

74) in Diss. de dominis subditos suos in iudicio suo convenientibus. *Halae 1738.*

mische Recht könne hier keine Anwendung finden, weil die Patrimonialgerichtsbarkeit ein blos teutsches Rechtsinstitut sey, welches aus jenem fremden Rechte, das eine solche Gerichtsbarkeit gar nicht kenne, nicht beurtheilt werden dürfe. Allein hierin geht dieser sonst grosse Rechtsgelehrte offenbar zu weit; denn es bedarf wohl keines Beweises, daß jenes Römische Gesetz nicht auf der eigenen römischen Gerichtsverfassung beruhe, sondern in dem Urtheile der gesunden Vernunft, und der Nothwendigkeit einer unpartheyischen Justizpflege gegründet sey. Es muß daher auf eine jede Art der Gerichtsbarkeit Anwendung finden[75]) Wir setzen also bey der aufgeworfenen Frage eigentlich den Fall voraus, daß der Gerichtsherr die ihm zustehende Patrimonialgerichtsbarkeit nicht selbst ausübe, sondern daß zur Verwaltung derselben ein **Gerichtshalter** oder **Justiziarius** ernannt, und auf die Justizpflege beeidiget sey. Hier fragt sich nun, ob der Gerichtsherr seine Gerichtsunterthanen nicht bey seinem Justiziarius belangen könne, ohne daß solches für ein eigenrichterliches Verfahren zu halten sey? Mehrere Rechtsgelehrten entscheiden auch diese Frage verneinend[76]). Sie sagen, der Gerichtshalter sey doch immer nur als der Mandatar des Gerichtsherrn anzusehen, und stelle seines Principals Person vor, es sey also eben so gut, als ob der Gerichtsherr die Gerichtsbarkeit selbst ausübe.

75) S. **Eichmanns** Erklärungen des bürgerl. Rechts. 4. Th. S. 385. ff.

76) **Man vergleiche** *de* CANNGIESSER Collection. Decisionum Hasso-Cassellanar. Tom. I. Decis. 77. et 78. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. LXVIII. medit. 1. **Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts** 4. Th. S. 384. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4205. pag. 635.

Man müßte ja auch die Menschen nicht kennen, wenn man läugnen wollte, daß hier der Einfluß des Gerichtsherrn auf die Direction und Entscheidung des Processes unvermeidlich sey. Der Gerichtshalter sey von dem Gerichtsherrn abhängig, diesem habe er seinen Dienst und vielleicht sein ganzes Glück zu verdanken. Welche Nachtheile müßte er also nicht von der Unzufriedenheit seines gnädigen Herrn befürchten? Wie lasse sich also bey solchen Verhältnissen, in welchen der Justiziarius mit seinem Gerichtsherrn steht, eine unpartheyische Justiz erwarten? Diese Rechtsgelehrten behaupten daher, daß dem Gerichtsherrn das Recht, seine Gerichtsunterfassen bey seinem Gerichtshalter zu belangen, anders nicht zustehe, als wenn Gesetze oder Gewohnheiten, welche jedoch in zweifelhaften Fällen immer zu beweisen wären, ihm dergleichen geben.

Kein Unbefangener wird gewiß diese Gründe unerheblich finden. Dennoch hat die entgegengesetzte Behauptung, daß jeder Gerichtsherr seine Gerichtsunterfassen vor seinen eigenen Gerichten belangen könne, in der Praxis die meisten Anhänger[77]) gefunden, und ich zweifle, ob sie durch jene Gründe widerlegt sey. Es ist, dünkt mir, ganz unrichtig, wenn

77) Außer Menken und Heineccius, deren Schriften schon Not. 72. und 74. sind angeführt worden, *Io.* HARTMANN in Diss. de iurisdictione in sua et suorum causa. *Ienae 1719.* §. 3. *Io.* SCHILTER Praxi Iur. Rom. Exercit. VI. §. 16. *I. H.* BOEHMER Introd. in ius Dig. h. t. §. 32. *de* LUDEWIG de iure clientelari Germanor. Sect. III. cap. 4. Lit. d. Jac. Gottl. Sieber Abhandl. von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherren, selbst Recht zu sprechen. Göttingen 1783. §. 264. ff. S. 340. ff. und Runde in den Grundsätzen des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 705. u. a. m.

wenn man glaubt, daß das Verhältniß zwischen dem Patrimonialgerichtsherrn und seinem Gerichtshalter blos und allein nach den Grundsätzen vom Mandat beurtheilt werden müsse. Es ist daher auch ganz unrichtig, wenn man glaubt, der Gerichtshalter hange bloß von der Gnade und Laune seines Gerichtsherrn ab. Nein! der Justiziarius verwaltet die Gerichtsbarkeit nicht im Namen des Patrimonialgerichtsherrn, der ihn bestellt hat, sondern im Namen des Staats, dem der Patrimonialgerichtsherr seine Gerichtsbarkeit zu verdanken hat. Er muß also auch eben so, wie ein Staatsbeamter, betrachtet werden, da ihm vermittelst des Anstellungsvertrags das öffentliche Amt eines Richters, folglich ein fortdauerndes, mit dem Wohl des Staats unmittelbar zusammenhangendes Geschäft, übertragen wird. Der Unterschied zwischen Justiziarien und Landesherrlichen Beamten liegt bloß darin, daß jene mittelbare, diese aber unmittelbare Staatsbeamte sind. Ein Gerichtshalter darf daher eben so wenig, als jeder anderer Staatsdiener, nach Willkühr, sondern blos aus Gründen des Rechts, entlassen werden[78]) Wie wenig der Gerichtshalter als bloßer Mandatar von seinem Gerichtsherrn abhängig sey, beweißt insonderheit der Umstand, daß die Gerichtshalter nicht ihrem Gerichtsherrn verpflichtet werden, sondern der von ihnen abzulegende Eid blos auf strenge Handhabung der Gerechtigkeit und treue Erfüllung der Pflichten ihres Amts überhaupt gerichtet ist. Hierdurch erledigen sich also die Gründe jener verneinenden Meinung, und insonderheit

78) S. *Christ. Dan.* ERHARD Diss. de administratore iurisdictionis patrimonialis munere suo indicta causa haud privando. *Lipsiae 1801.* Cap. 3. und KIND Quaestion. for. Tom. II. cap. 36. et Tom. III. cap. 61.

der aus einer Vermuthung der Partheylichkeit entlehnte Grund von selbst. Nicht zu gedenken, daß es schon an sich unbillig ist, aus einer etwa möglichen Furcht, die Gnade seines Herrn durch ein gegen ihn gesprochenes Urtheil zu verscherzen, gegen die Rechtschaffenheit eines in Pflichten stehenden Mannes ein Argument herzuleiten. Gesetzt indessen, der Gerichtshalter wollte auch seinem Gerichtsherrn favorisiren, und ihm eine unbillige Forderung zuerkennen, was würde ihm dieses helfen? Denn ohne Zweifel wird der verlierende Unterthan dagegen ein Rechtsmittel einwenden, und der Oberrichter wird das partheyische Erkenntniß sofort abändern. Und sollte denn auch wirklich, vorkommenden Umständen nach, eine Partheylichkeit von Seiten des Gerichtshalters zu besorgen seyn, so steht es ja der Parthey frey, den Richter zu perhorresciren. Zuletzt bestätigen meine Meinung auch verschiedene Landesordnungen ausdrücklich [79]), und der Gerichtsgebrauch nimmt sie gleichfalls an [80]). Ob nun gleich aus den angeführten Gründen der Gerichtshalter keine Nichtigkeit begeht, wenn er das Erkenntniß in Sachen seines Gerichts-Principals selbst abfaßt und eröf-

net

79) z. B. die Sächsische Proceßordn. Tit. 2. §. 3. N. Preußisch. Gesetzbuch I. Th. Abth. 3. Tit. 5. Abschn. 1. §. 28. Von den Hannöverschen Landen bezeugt es Sieber in der angeführten Abhandlung §. 269. von dem Fürstenthum Calenberg PUFENDORF de iurisdictione germanica P. I. Cap. III. §. 41.

80) BERLICH Decis. CIX. n. 9. BRUNNEMANN Consil. CXLVI. vol. 2. SCHILTER Prax. iur. Rom. in for. Germ. Exerc. VI. §. 16. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 126. S. 299. BIENER Systema processus iudiciarii Tom. I. §. 15.

net[81]), insofern nicht etwa in den Landesgesetzen ausdrücklich befohlen seyn sollte, die Acten zur Abfassung eines Urtheils an eine unausgenommene Juristen-Facultät oder an ein Obergericht einzusenden; so ist es doch wenigstens der Klugheit gemäß, wenn der Gerichtshalter in dergleichen Fällen nicht selbst das Urtheil spricht, sondern die Entscheidung der Sache andern überläßt. Eine Cautel, die auch Hellfeld empfiehlt, wenn er gleich in der Hauptsache seine Meinung auf einen ganz unrichtigen Satz gebauet hat.

Uebrigens pflegen die Erbgerichte des Adels auf dem Lande noch mit verschiedenen Neben-Rechten verbunden zu seyn, welche theils aus der Natur der Leib- oder Gutsherrschaft, theils aus der auf dem Lande allemal dem Gerichtsherrn mit überlassenen Policey, theils aus besondern Herkommen herrühren. Von diesen mancherley Rechten haben jedoch Carl Rudolph Gräfe[82]), und Herr Prof. Westphal[83]) schon ausführlich gehandelt.

§. 193.

81) Sieber in der angef. Abhandlung §. 271. Wenn LEYSER Spec. LXVIII. m. 4. aus Carpzov, Ziegler und Zanger beweisen will, daß der Gerichtshalter in des Gerichtsherrn Sache nicht selbst erkennen dürfe; so kann deren Zeugniß, da sich solches blos auf die Sächsische Proceßordnung gründet, in Absicht derjenigen Länder, wo das gemeine Recht gilt, von keiner Gültigkeit und Stärke seyn. Daß nicht einmahl nach der neuern Sächsischen Praxis die Versendung der Acten mehr nöthig sey, bezeugt WERNHER Observation. for. Tom. I. P. V. Obs. 219.

82) Diss. de iuribus praecipuis et singularibus iurisdictionis patrimonialis. *Lipsiae 1730.*

83) Teutsches Privatrecht I. Th. 7te Abhandl. S. 82. und folgg. Man vergleiche auch Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts IV. Theil S. 396. folgg.

§. 193.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die willkührliche und streitige.

Man theilt ferner die heutige Gerichtsbarkeit

II. nach Verschiedenheit der Sachen, welche sie zum Gegenstande hat, in die sogenannte willkührliche, (*iurisdictio voluntaria*) und die streitige (*contentiosa*) ein [84]). Diese hat die Untersuchung streitiger Rechtshändel, deren Entscheidung und Vollstreckung, jene hingegen solche Geschäfte zum Gegenstande, bey denen kein Rechtsstreit obwaltet, sondern wo es bloß auf Bestätigung des Richters, oder auf öffentliche Beglaubigung ankommt. Prüft man diese Eintheilung nach dem eigentlichen richtigen Begriff der Gerichtsbarkeit, und sondert die verschiedenen Gewalten, welche das Organ eines Staats ausmachen, die Herrschergewalt, die vollziehende, und die rechtsprechende Gewalt sorgfältig von einander ab, so erscheint sie eben so unrichtig, als unpassend die Ausdrücke sind, mit welchen man sie bezeichnet. Es ist nicht eine und dieselbe Gewalt, aus welcher eine öffentlich bestellte Person, welche Richter heißt, bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nach der Norm der Gesetze entscheidet, und aus welcher sie Adoptionen und Emancipationen bestätiget, oder Vormünder bestellt, und zur Rechnungsablegung anhält, oder zur Veräußerung der Pupillengüter Decrete ertheilt, oder Schenkungen über mehr als 500 Ducaten bekräftiget. Nur die erstere allein bezeichnet die richterliche oder rechtsprechende

84) S. Wolfg. Adam Lauterbachs Tract. de voluntaria iurisdictione. Tübingen 1658.

chende Gewalt: alle übrige Handlungen hingegen gehören nicht vor das Richteramt, als solches, sondern eignen sich vielmehr zur Wirkungssphäre der dem Richter zugleich anvertrauten Policeygewalt. Beyde sind der äußern Gesetzgebung im Staate untergeordnet; denn diese ist das unwandelbare Regulativ ihrer Thätigkeit. Beyde haben die Sicherung der bürgerlichen Rechte zum nächsten Zweck. Allein es ist doch nicht eine und die nämliche Sicherung der Rechte. Jene bezweckt zunächst die Sicherung und Wiederherstellung schon verletzter Rechte, die Läsion sey übrigens, welche sie wolle. Diese sichert gegen künftige Verletzungen, und verwahrt die Bürger gegen Beeinträchtigungen und mögliche Kränkungen. Die richterliche Gewalt im Staate ist also nur vorhanden, um über streitige Rechte zu entscheiden, und jedem das Seine nach den Gesetzen zuzuerkennen. Dieß ist es eigentlich, was man Rechtsprechen oder Richten nennt. (§ 6. nr. II.) Keine Handlungen der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit sind also nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts Objecte der richterlichen Gewalt im Staate. Denn es gilt hier weder einer Bestimmung des Rechts, als Zweck der richterlichen Gewalt, noch einem streitigen Objecte. Sie sind also an sich gar keine Justizsachen. Besitzt nun eine öffentliche Person, außer jener bürgerlichen Fähigkeit, Recht zu sprechen, auch noch eine andere Gewalt, deren nächster Zweck nicht die Zuerkennung eines gekränkten oder in Anspruch genommenen Seinen nach den Gesetzen, sondern welche nur gegen mögliche und besorgliche Läsionen zu sichern bestimmt ist, so kann, ohne mit dem Princip dieser Gewalten in Widerspruch zu gerathen, für diese letztere nicht die erstere zum Grunde aufgestellt,

gestellt, folglich dieselbe keinesweges als Art der erstern angesehen werden, wie Herr Hofr. Gönner[85]) und Herr Prof. Krüll[86]) sehr ausführlich und einleuchtend gezeigt haben. Eben so wenig ist aber auch jene Eintheilung dem Römischen Rechte gemäß, wie der ehemalige Professer Johann Ernst Schröter zu Erlangen[87]) und Gottfried Heinrich Böttcher[88]) außer Zweifel gesetzt haben. Wir finden zwar die Benennungen *iurisdictio contentioſa* und *voluntaria* auch in unserm römischen Gesetzbuche[89]); allein ob sich eine iurisdictio voluntaria mit dem eigentlichen Begriffe der römischen Jurisdiction (S. 4.) vertrage, und ob die Römer den heutigen Begriff der freywilligen Gerichtsbarkeit mit ihrer iurisdictio voluntaria verbunden haben? ist eine Frage, die billig zu verneinen ist. Denn alle römische Jurisdiction im eigentlichen Sinne dieses Worts hatte bloß bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zum Gegenstande, und

stand

85) Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses 2. Band Nr. XXVI. §. 10. u. 22.

86) Prüfung der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit aus dem richtigen Begriffe der Gerichtsbarkeit. In Desselben Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 1. Bändchen Nr. I.

87) Diss. de divisione iurisdictionis in voluntariam et contentioſam. *Erlangae 1747.* 4.

88) Commentat. Quae sint origines et fundamenta distinctionis inter iurisdictionem contentioſam et voluntariam. *Hannoverae 1799.* 8.

89) *L. 2. D. de Offic. Proconſ.* Omnes Proconsules statim, quam urbem egressi fuerint, habent iurisdictionem. Sed non CONTENTIOSAM sed VOLUNTARIAM: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi, quam servi; et adoptiones fieri.

stand der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, iure magistratus zu. Die iurisdictio voluntaria hingegen war nichts als legis actio, welche, wie ich oben (S. 10.) gezeigt habe, von dem, was man eigentlich iurisdictio nannte, ganz verschieden war, und von besonderer Concession abhieng [90]). Nur der einzige Marcian braucht jenen Ausdruck, und nimmt das Wort iurisdictio im uneigentlichen Verstande. (S. 13.) Zur iurisdictio voluntaria der Römer gehörten blos solche Rechtshandlungen, die weder eine umständliche Untersuchung noch einen Gerichtszwang erfordern [91]). Daher konnte der Proconsul diese Art der Jurisdiction, ausserhalb der Stadt Rom, überall ausüben, hingegen die eigentliche iurisdictio und das imperium nur in der ihm angewiesenen Provinz. Ulpian [92]) sagt: Proconsul ubique quidem proconsularia insignia habet, statim atque Urbem egressus est, *potestatem* autem non exercet, nisi in ea provincia sola, quae ei decreta est; und an einem andern Orte [93]): nec enim ei prius competit *iurisdictio*, quam in eam provinciam venerit. Demohngeachtet ward es durch Einführung des Röm. Rechts in Deutschland zur allgemeinen Regel, daß die richterliche Gewalt auch Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit (*actus*

90) *Io. Ern.* SCHRÖTER Diss. de iurisdictione in genere eiusque a legis actione et reliquo iudicis officio differentia iure Romano. *Erlangae 1747.* 8.

91) z. B. Emancipation, Manumission, Adoption. S. CAMPIANI de officio et potest. Magistratuum Rom. et iurisdictione pag. 269. GEBAUER in Diss. de iurisdictione Cap. I. §. VI.

92) *L. 1. D. de Offic. Proconf.*

93) *L. 4. §. 6. D. eodem.*

(*actus voluntariae iurisdictionis*) in sich fasse[94]), und durch einen Irrwahn der Glosse[95]) ward die iurisdictio voluntaria als ein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit angesehen. Man rechnet auch zur heutigen so genannten freywilligen Gerichtsbarkeit noch mehr als legis actio. Zu ihr gehören auch solche Gerichtshandlungen, die die Römer zum mixto imperio rechneten. Z. B. gerichtliche Versiegelung und Verfertigung eines Güterverzeichnisses; Einsetzung in den Besitz einer Erbschaft nach dem Edict des Prätors, in sofern von einer bloßen Agnition der bonorum possessio, worüber kein Rechtsstreit obwaltet, die Rede ist u. d.; ferner solche nichtstreitige Rechtshandlungen, welche ausser der obrigkeitlichen Einwilligung eine vorgängige Untersuchung erfordern, z. B. ein Vergleich über zukünftigen Unterhalt; die Veräusserung eines Grundstücks, welches einem Minderjährigen zugehört.

Nach der verschiedenen Beschaffenheit der Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, deren Ausübung nun also nach der heutigen Gerichtsverfassung immer mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit verbunden ist, (S. 18.) unterscheidet man heut zu Tage eine zweyfache willkührliche Gerichtsbarkeit, eine schlechthin willkührliche (*iurisdictio voluntaria mera*), und eine gemischt willkührliche (*iurisdictio voluntaria mixta*)[96]). Jene nennt

94) Gönner a. a. O. §. 12. S. 27.

95) Gloss. ad L. 5. D. h. t. et ad L. 2. D. de off. Proc. PAURMEISTER *a Kochstet* de iurisdictione Rom. Lib. I. Cap. 16. nr. 23.

96) S. Dan. Nettelbladts Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit (Halle 1784. 8.) I. Th. I. Buch

nennt man, wenn der Richter geradezu und ohne alle Untersuchung dasjenige verrichtet, was von Gerichtswegen zu verrichten ist; diese hingegen, wenn erst nach vorhergegangener Untersuchung die obrigkeitliche Bestätigung erfolgt. Daher werden die Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit in die schlechterdings freywilligen, und in die gemischten freywilligen Gerichtshandlungen eingetheilt.

I. Die schlechthin freywilligen Gerichtshandlungen bringt man gewöhnlich in zwey Classen. Sie sind nämlich entweder

A) so beschaffen, daß die richterliche Bestätigung, als vorgeschriebene Form, zur Gültigkeit derselben erfordert wird. Nach dem gemeinen Rechte rechnet man zu den Rechtshandlungen dieser ersten Classe die Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt, die Freylassung der Leibeigenen aus der herrschaftlichen Gewalt, die Annehmung an Kindesstatt, soweit sie keine umständliche Untersuchung erfordert, sondern auf das bloße Ansuchen der Partheyen bestätiget werden kann. Nach der Vorschrift verschiedener teutscher Landesgesetze auch die Bestätigung und Auflassung des Eigenthums bey unbeweglichen Gütern.

Oder

I. Buch. I. Tit. §. 14. ff. Just. Claproths theoretisch-practische Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. Göttingen 1789. 8. und Hrn. von Trützschlers Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 2 Theile, zweyte vermehrte und verbesserte Auflage. Leipzig 1786. 8. Diesen ist beyzufügen *Wolder* SCHELE Diss. de auctoritate iudicis in variis actibus privatis adhibenda. *Ultraiecti* 1727. 4. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 82—86.

Bayerische Staatsbibliothek München

Oder es sind

B) solche Handlungen, welche die gerichtliche Ausfertigung nicht nothwendig zu ihrer Gültigkeit erfordern, sondern nur um des öffentlichen Glaubens willen, oder zur Sicherheit an den Richter gebracht werden. In diese Classe gehören die gerichtlichen Insinuationen und Bestätigungen der Verträge und Contracte, die gerichtliche Bestellung eines Bevollmächtigten, die gerichtliche Ueberreichung oder Aufnahme und Eröfnung der Testamente, die freywillige öffentliche Versteigerung, die Versiegelung und Verfertigung eines Inventariums, gerichtliche Deposition und Versiegelung schuldiger Gelder, u. s. m. [97]).

II. Die Handlungen der gemischten willkührlichen Gerichtsbarkeit werden auch nach ihrem Endzweck gewöhnlich in drey Classen getheilt [98]).

A) Solche, bey denen die gerichtliche Untersuchung und Bestätigung zum Besten derjenigen eingeführt ist, welche ihre Sachen und Geschäfte nicht selbst besorgen können. Dahin zählt man die bey der Arrogation der Unmündigen vorzunehmende Untersuchung; die Entlassung eines arrogirten Unmündigen aus der väterlichen Gewalt;

97) Mehrere dieser Handlungen sind hier offenbar von der Art, daß sie auch eben so gut von andern öffentlichen Personen, von Notarien, verrichtet werden können, wie auch Hr. Prof. Malblanc a. a. O. §. 83. bemerkt hat. Da nun Notarien keine Gerichtsbarkeit haben, so ist schon hieraus klar, daß die sogenannte willkührliche Gerichtsbarkeit, keine eigentliche Gerichtsbarkeit sey, noch seyn könne. S. Krüll in der angef. Prüfung §. 26. S. 23.

98) Man vergleiche Claproth in dem angeführten Buche §. 11.

Bayerische Staatsbibliothek München

walt; die Bestellung der Vormünder für Unmündige und Minderjährige; die von Vormündern oder Curatoren vorzunehmende Veräusserung oder Verpfändung der ihren Pflegbefohlnen zugehörigen liegenden Güter, die Bezahlung einer einem Minderjährigen gebührenden Summe, u. d. m.

B) Andere gemischt willkührliche Gerichtshandlungen erfordern um des gemeinen Bestens willen die richterliche Cognition und Einwilligung. Z. B. der Vergleich über zukünftigen Unterhalt; Schenkungen unter den Lebenden über mehr als 500 Ducaten; Verträge, welche in das landesherrliche Interesse einschlagen ꝛc.

C) Noch andere Geschäfte haben die Vorsorge für die Kinder erster Ehe oder überhaupt für die leiblichen Kinder zur Absicht. Hierher rechnet man die Einkindschaft, die Absonderung oder Abfindung der Kinder erster Ehe, ferner Adoptionen fremder Kinder, wenn leibliche Kinder da sind.

Ich bemerke nur noch zum Beschluß, daß im zweifelhaften Falle eine rechtliche Handlung für eine solche gehalten wird, welche zu der gemischten freywilligen Gerichtsbarkeit gehört [99]).

§. 194.

Unterschied zwischen Handlungen der ganz freywilligen und gemischten freywilligen Gerichtsbarkeit.

Um die Eigenschaften der freywilligen Gerichtshandlungen zu bestimmen, pflegt man nun gewöhnlich die Grund-

99) Herr von Trützschler in dem angef. Buche 1. Th. 1. Hptabtheil. §. 7.

sätze des römischen Rechts zur Richtschnur zu nehmen. Allein man hat hier nicht bedacht, daß die Vorschriften desselben die römische legis actio zum Grunde haben, die doch von der heutigen sogenannten freywilligen Gerichtsbarkeit ganz verschieden war. Es ist daher ein unverzeihlicher Fehler, den auch große Rechtsgelehrte nicht genug vermieden haben, wenn man dasjenige, was der römischen legis actio eigen, oder wohl gar nur Vorrecht einer solchen Magistratsperson war, der diese legis actio zustand, heut zu Tage für allgemeine Eigenschaften der willkührlichen Gerichtsbarkeit ausgeben, und hiernach die Befugnisse des heutigen Richters bestimmen will; oder wenn man dasjenige, was die römischen Gesetzgeber nur bey einzelnen Handlungen der iurisdictionis voluntariae aus besondern Gründen verordnet haben, jetzt bey allen Handlungen der heutigen freywilligen Gerichtsbarkeit zur Regel machen will [100]). Man hat daher, in soferne die veränderte Gerichtsverfassung keine Anwendung der römischen Gesetzgebung erlaubt, vielmehr auf die Natur der heutigen Gerichtsbarkeit sowohl, zu welcher nun heutiges Tages auch die freywilligen Gerichtshandlungen, als Zubehörungen, gerechnet werden, als auf den Endzweck und die Absicht zu sehen, warum sie an den Richter gebracht werden. Hieraus muß Competenz des Richters, Art und Zeit ihrer Vornahme bestimmt werden. Dieses vorausgesetzt, so ist nun

I) soviel die Handlungen der gemischten freywilligen Gerichtsbarkeit anbetrift, ausser Zweifel:

a) daß

100) Man vergleiche hier vorzüglich *Io. Ern.* SCHROETER Diss. de proprietatibus voluntariae iurisdictionis. *Erlangae* 1748. 4.

a) daß sie nicht von einem jeden Richter vorgenommen werden können, sondern den competenten oder gehörigen Richter erfordern [1]). Denn eine Untersuchung, dergleichen bey dieser Art der Gerichtshandlungen geschehen muß, ist ohne Gerichtszwang kaum denkbar. Unter dem competenten Richter verstehe ich denjenigen, welcher zur Anstellung der Untersuchung in Ansehung des vorzunehmenden gerichtlichen Geschäfts berechtiget ist. Dieser ist entweder der Richter des Wohnorts, unter welchem die Person stehet, zu deren Besten die Untersuchung geschehen soll; oder derjenige Richter, in dessen Gerichtsbezirk die Sache gelegen ist, an welcher Jemand Rechte erwerben will, die er ohne die Mitwirkung des Richters nicht erwerben kann.

b) Sie erfordern ein gehörig besetztes Gericht, d. i. die Gegenwart und Versammlung der zur Formirung des Gerichts erforderlichen Personen. Daß sie gerade an dem Orte, wo das Gericht gewöhnlich gehalten wird, vorgenommen werden müssen, ist nicht nöthig. Sie können auch an einem jeden andern schicklichen Orte gültig unternommen werden; wenn es nur innerhalb der Gerichtsgränzen des Richters geschiehet, vor welchen sie gehören. In soferne ist daher die Regel allerdings richtig, daß, wo der Richter und die zur Formirung des Gerichts erforderliche Personen vorhanden sind, daselbst auch das Gericht sey [2]).

1) *L. 105. D. de Reg. Iur. L. 5. §. 12. D. de reb. eor. qui sub tut. sunt. L. 16. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* S. Claproth a. a. O. §. 13. S. 14. am Ende u. folg.

2) Claproth a. a. O. §. 14. von Trützschler a. a. O. §. 5. Nettelbladt im angef. Buche §. 38. Ge. BEYER de

Es muß jedoch das Gericht, wenn die Sache nicht an gewöhnlicher Gerichtsstelle, sondern in einem Privathause vorgenommen werden soll, gebührend um eine Deputation ersuchet werden [3]).

c) Selbige können, der Regel nach, an keinem kirchlichen Feyer, oder Festtage vorgenommen werden, es wäre denn, daß bey dem Verzuge Gefahr eintritt [4]). Endlich

d) sie dürfen den Richter nicht selbst angehen. Denn Niemand kann in seiner eigenen Sache eine solche legale Untersuchung anstellen, wovon die Gültigkeit einer Rechtshandlung abhängt. Keinem Richter ist es daher erlaubt, sich selbst zum Vormund zu bestellen, oder, als Vormund, sich selbst das Decret zur Veräußerung eines seinem Pupillen zugehörigen Grundstücks zu ertheilen [5]). In solchen Fällen muß die Sache von den übrigen dabey nicht interessirten Mitgliedern des Gerichts, oder wenn es auch daran fehlen

expeditione actuum iudicial. extraiudiciali et in loco privato. Vit. 1711. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4206. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 85. not. g.

3) Claproth a. a. O. GEBAUER Diss. de iurisdictione Cap. II. §. 4. pag. 59.

4) *L. 1. §. 1. L. 6. D. de feriis. L. 7. L. 10. et 11. Cod. eodem.* Rettelblabt im angef. Buche 1. Th. §. 27. Claproth a. a. O. §. 15. MALBLANC Conspect. §. 86.

5) *L. un. §. 2. D. de offic. Consul. L. 5. D. de offic. Praesid. L. 4. D. de tutor. et curator. dat.* Conf. *Io. Henr.* BERGER Diss. de potestate personae publicae in se ipsam. (in *Dissertat. iurid. select. Lipsiae 1707.*) §. 16. et 17.

fehlen sollte, von dem nächsten Oberrichter vorgenommen werden [6]).

So unstreitig alle diese Sätze sind, so viele Widersprüche treffen wir im Gegentheil in der gemeinen Lehre der Rechtsgelehrten von den Proprietäten der blos freywilligen Gerichtshandlungen an. Man behauptet,

1) daß dieselben vor einem jeden, auch incompetenten Richter geschehen könnten. Allein so allgemein läßt sich dieses nicht annehmen. Es ist vielmehr nach der richtigern Meinung der Rechtsgelehrten ein Unterschied zu machen, ob diese Handlungen von der Art sind, daß sie nach Vorschrift der Gesetze nothwendig vor Gericht vorgenommen werden müssen, wenn sie die ihnen beygelegten rechtlichen Wirkungen hervorbringen sollen; oder ob sie nur blos freywillig an den Richter gebracht werden, damit sie öffentlichen Glauben erhalten. Handlungen der letztern Art können vor einem jeden ordentlich bestellten Civilgerichte vollzogen werden. Z. B. die Auf- und Annahme der Testamente [7]);

6) *L. un. §. 2. D. de off. consul. L. 19. §. 1. D. de tutor. et curat. dat.* Claproth §. 13.

7) Bey den Römern mußte zwar die gerichtliche Insinuation der Testamente in Rom selbst bey dem Magistro Census, in den Provinzen aber beym Präses, oder einer Municipalobrigkeit, oder dem defensore civitatis geschehen; keine andere Obrigkeit war zur Aufnahme der Testamente autorisirt, als diejenige, zu deren Ressort die Schatzung der Bürger gehörte. *L. 18. L. 23. Cod. de Testam. L. 4. Cod. Theod. eod. L. 2. C. Tb. de denunc. Nov. XV.* IUSTIN. cap. 3. S. GEBAUER Diss. de iurisdictione Cap. I. §. 7. *Io. Christ.* BALSER lib. sing. de forma testamenti iudicialis externa. (*Giessae* 1745. 4.) Cap. I. §. 15.

die gerichtliche Bevollmächtigung; die Bestätigungen der Verträge, die blos persönliche Verbindlichkeiten betreffen, und wo die gerichtliche Bestätigung nicht als Form der Gültigkeit des Vertrags vorgeschrieben ist. Soviel hingegen die blos freywilligen Handlungen der ersten Art betrift, so müssen sie vor dem competenten Richter vorgenommen werden, unter welchem entweder die Partheyen wohnen, oder in dessen Gerichtsbezirk die Güter liegen, welche sie betreffen [8]). So ist z. B. die gerichtliche Auflassung des Eigenthums an unbeweglichen Gütern da, wo sie hergebracht ist, vor demjenigen Richter vorzunehmen, unter dessen Gerichtsbarkeit solche Grundstücke gelegen sind [9]). Die Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt hingegen, desgleichen Ehestiftungen sind von dem Richter zu bestätigen, unter welchem die Interessenten wohnen. Denn dergleichen Gesetze, welche vorschreiben, daß die Unterthanen gewisse Handlungen und Verträge gerichtlich anzeigen und

§. 15. sqq. *Franc. Car.* CONRADI Diss. de testamento publico, quod fit apud acta §. 6. et 11. und *Ge. Sam.* MADIHN Diatr. de validitate testamenti non rite oblati. (*Halae* 1771. 4.) §. XI. sqq. Man sehe jedoch auch *Io. Guil.* HOFFMANNI ad librum II. Pandectar. observation. var. Dissertat. hebdomad. III. *Francof. ad Viadr. 1734.* Daß dieses heut zu Tage nicht mehr Statt finde, versteht sich von selbst. S. PUFFENDORF lib. de iurisdictione germanica. Part. I. cap. IV. §. 57.

8) Rettelbladt a. a. O. §. 35. Claproth a. a. O. §. 13. S. 14. Eichmann Erklärungen des bürgerlichen Rechts. 4. Th. §. 194. S. 418 folgg.

9) BERGER Oecon. iur. Lib. II. Tit. II. Th. 18. not. 5. und Westphals rechtliche Abh. von der Uebergabe und Belehnung §. 10. Not. h. S. 11.

und bestätigen lassen sollen, haben insgemein die besondere Wohlfarth und das Beste der Unterthanen zum Zweck; nämlich Sicherung derselben gegen möglichen Schaden. Sie erfordern also um so mehr den competenten Richter, je weniger durch eine fremde Obrigkeit jener Zweck erreicht werden kann [10]).

Man behauptet ferner

2) daß ein Richter Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit aller Orten, wo er deshalb angegangen wird, mithin auch ausser dem Bezirke seiner Jurisdiction, ja sogar in einem fremden Lande, gültig vornehmen könne [11]). Denn es komme bey solchen Handlungen nur auf die öffentliche Beglaubigung an. Die fides publica eines Richters, als eines vollgültigen Zeugen, aber sey auch ausserhalb seines Gerichtssprengels nicht zu bezweifeln [12]). Man beziehet sich überdem noch auf verschiedene Gesetzstellen, in welchen gesagt wird, daß ein Proconsul auch ausserhalb der ihm angewiesenen Provinz Manumissionen und Adoptionen be-

10) Joh. Ludw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien, herausgegeben von J. C. W. Faselius. 2. Band. Nr. XXX. §. 4—6.

11) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 10. und in Diss. de voluntaria iurisdictione §. 51. BERGER in Oecon. Iuris lib. IV. Tit. III. §. 1. Not. 2. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXIX. med. 2. CANNGIESSER in Decis. Supr. Trib. Appellat. Hass. Cassell. Tom. II. dec. CCCXV. n. 4. *Frid. Es.* PUFFENDORF in libr. de iurisdictione germanica P. I. Cap. IV. §. 70. sqq. pag. 95. und andere mehr.

12) BOEHMER Consultat. Tom. II. Part. I. Resp. DCXLVII. Nr. 22.

stätigen könne [13]). In Teutschland, sagt man, werde dieß auch durch den Gerichtsgebrauch bestätiget, der sich auf eine stillschweigende Convention der Reichsstände gründe, daß nämlich ein Richter in des andern Gerichtsbezirke Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, die nämlich keine Untersuchung der Sache erfordern, gültig vornehmen könne [14]). Daraus zieht man die Folge, daß ein Richter auch auſſer seinem Gerichtsbezirke, sogar in einem fremden Territorium, Testamente gültig auf- und annehmen könne [15]). Allein diese Meinung ist noch vielen Zweifeln unterworfen. Denn erstens ist ein Richter außer seinem Gerichtsbezirke nach deutlicher Verordnung der Gesetze keine öffentliche, sondern als eine bloße Privatperson anzusehen [16]). Wie kann er also Handlungen, die vor ihm auſſer seinem Gerichts-

13) *L. 36. §. 1. D. de adoptionib. L. 2. D. de offic. Proconſ. L. 17. pr. D. de manumiſſ. vindicta.*

14) S. *L. B. a* WERNHER Select. Obſervat. for. Tom. II. P. VI. Obſ. 314. et P. VIII. Obſ. 403. BERGER Elect. Disceptat. for. P. II. pag. 28.

15) Man ſehe CARPZOV Part. III. Deciſ. 293. n. 14. ſqq. STRYK de cautelis teſtamentor. Cap. VII. §. 36. MEVIUS Part. III. deciſ. 195. LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CCCLIV. med. 1. PUFFENDORF Obſervat. iuris univ. Tom. I. Obſ. 232. SCHORCH Sentent. et Reſponſ. Erford. reſp. 27. Quiſtorp Beyträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien. III. Stück. Nr. 13. S. 134. *Fratr.* BECMANNORUM Conſilia et Deciſion. Part. I. Conſil. XXXVII. Quaeſt. I. pag. 421. ſqq. Ge. Ludw. Böhmers auserleſene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Abth. Reſponſ. 200.

16) *L. 3. D. de officio Præfid. L. ult. D. de officio Præfect. urbi. L. ult. D. de iurisdict.*

Gerichtsdistricte geschehen sind, einen öffentlichen Glauben beylegen, den er selbst nicht hat? Soviel zweytens die für jene Meinung angeführten Stellen des römischen Rechts anbetrift, so finden selbige heut zu Tage keine Anwendung mehr. Denn sie reden alle von der Gewalt eines römischen Proconsuls, nach welcher sich die Auctorität unserer heutigen Richter nicht abmessen läßt. Es war nämlich ein unstreitig anerkanntes Vorrecht des Proconsuls, daß ihm, sobald er von Rom abgereiset war, überall die legis actio zustand, wenn er sich auch ausser der ihm angewiesenen Provinz aufhielt. Sein Ansehen war, ausserhalb Rom, in jeder Provinz geltend. Ulpian versichert uns dieses, wenn er *lib. I. Disputationum* [17]) sagt: Proconsul ubique proconsularia insignia habet, statim atque Urbem egressus est. Folglich, wo ihn seine sechs Fasces [18]) hin begleiteten, da stellte er eine öffentliche mit der legis actio versehene Person vor. Ein solches unbeschränktes Ansehen hatte kein anderer Präses einer Provinz. Dieser galt, nach dem Zeugniß des Paulus [19]), ausser seiner Provinz nur als eine Privatperson, und hatte ausser derselben keine legis actio [20]). Drittens bedenke man, daß die sogenannte iurisdictio voluntaria

17) *L. 1. D. de offic. Proconf.* Hier verdienen besonders nachgesehen zu werden BALSER in libro sing. de forma testamenti iudicialis externa Cap. I. §. 13. sqq. und *Ge. Sam.* MADIHN in Diatr. de validitate testamenti non rite oblati. §. 19. pag. 69.

18) *L. 14. D. de off. Proconf.*

19) *L. 3. D. de offic. Praesidis.*

20) *L. 17. D. de offic. Praesid.* Confer. GEBAUER in Diss. de iurisdictione Cap. I. §. 6. et *Io. Ern.* SCHROETER in Diss. de proprietatibus voluntariae iurisdictionis §. 3.

luntaria bey den Römern nicht zur eigentlichen Jurisdiction gehörte, sondern in einer der Magistratsperson durch ein besonderes Gesetz übertragenen Gewalt bestand. Sie konnte also auch nicht nach den Grundsätzen, die von der Jurisdiction galten, beurtheilt werden. Da nun aber nach der teutschen Gerichtsverfassung Handlungen der sogenannten freywilligen Gerichtsbarkeit zu der eigentlichen Gerichtsbarkeit gerechnet werden, die jeder ordentliche Civilrichter, als Richter, vorzunehmen berechtiget ist, so muß nothwendig, was vom Ganzen gilt, auch von dieser Gattung der Gerichtsbarkeit um so mehr gelten, da es ein sträflicher Eingriff in eine fremde Gerichtsbarkeit, ja sogar eine Verletzung der Landeshoheit seyn würde, wenn ein Richter, ausser seinem Gerichtssprengel, und wohl gar in einem andern Lande actus voluntariae iurisdictionis exerciren wollte [21]). Das Vorgeben einer stillschweigenden Convention der

21) Mit mir stimmen überein *Adam Frid.* GLAFEY in Diss. de iurisdictione voluntaria extra territorium non exercenda. *Lipsiae 1719.* *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de iudice iurisdictionem voluntariam extra territorium perperam exercente. *Erfordiae 1734.* **Ebenderselbe** in Observat. select. ad Christinaeum Vol. IV. Obs. 15. *Sam. de* COCCEJI Iur. Civ. Controv. h. t. Qu. 2. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in Notis ad Eundem not. i. et k. pag. 156. sq. *Io. Tob.* RICHTER Diss. de testamento a iudice incompetente in territorio alieno condito invalido. *Lipsiae 1752.* §. 4. sqq. GEBAUER Diss. de iurisdictione. Cap. II. §. 4. **Schmidt** Rechtssprüche 1. Abschn. XI. Gutachten. **Rettelblad** practische Rechtsgelahrheit 1. Th. 1. Buch. 4. Tit. §. 36. **Claproth** von freywilligen Gerichtshandlungen. 1. Abschn. §. 13. S. 15. **Schnaubert** Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. 2. Th. Nr. II. §. 6. S. 114. folg. **Eichmann**

der Reichsstände, womit man jene Meinung zu unterstützen sucht, ist eine bloße Chimäre, die sich eben so wenig, als ein allgemeiner Gerichtsgebrauch, beweisen läßt [22]). In Churſachſen [23]) und in den preußiſchen Staaten [24]) iſt jedoch die Meinung geſetzlich beſtätiget worden, daß ein Richter auſſer ſeinem Jurisdictionsbezirke actus voluntariae iurisdictionis, dergleichen die Aufnehmung eines Teſtaments und andern letzten Willens iſt, rechtsgültig exerciren könne.

Man behauptet ferner

3) daß Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit zu jeder Zeit, mithin auch an Gott geheiligten Feyertagen, vorgenommen werden könnten [25]). Allein als allgemeine Regel läßt ſich auch dieſer Satz nicht annehmen. Die L. 8. C. de Feriis, worauf man ſich gemeiniglich beruft,

mann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. 4. Th. S. 407. folgg. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4206. not. c.

22) Den Wahn einer vorgegebenen allgemeinen Praxis hat beſonders Richter in der angef. vortreflichen Diſſertation §. 9. gegen Carpzov ſehr ausführlich widerlegt.

23) Vi *Deciſ. elect. noviſſ. d. a. 1746.* in *Cod. Auguſt. Supplem.* Tom. I. pag. 351. Es iſt jedoch in den Worten dieſer Conſtitution nur der Fall einer Teſtamentsaufnahme entſchieden worden. S. MÜLLER Obſervat. pract. ad *Leyſerum* Tom. I. Faſc. 2. Obſ. 126. und Eichmann a. a. O. S. 415.

24) S. Kleins Annalen der Geſetzgebung und Rechtsgelehrſamkeit in den Preuß. Staaten. 2. Band. S. 265. u. folgg.

25) LAUTERBACH Diſſ. de Feriis §. 21. MALBLANC Conſpect. rei iudic. §. 86. HOFACKER Tom. III. §. 4206. in fin.

beruft, enthält nur Ausnahmen, welche eine entgegengesetzte Regel in den nicht ausgenommenen Fällen bestärken. Die Worte lauten folgendergestalt: Actus omnes, seu publici sunt seu privati, diebus quindecim paschalibus conquiescant. Dieß ist die Regel, von welcher nun folgende Ausnahmen gemacht werden. In his tamen et *emancipandi* et *manumittendi* cuncti licentiam habeant: et super his acta non prohibeantur. Ein anders schon vorherstehendes Gesetz erlaubte die Emancipation und Manumission auch am Sonntage [26]). Der Grund hiervon war, weil man glaubte, daß jene Handlungen fromme wohlthätige Absichten zum Grunde hätten [27]). Dieser Grund paßt nun aber freylich nicht auf alle Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit. Folglich läßt sich auch hieraus keine allgemeine Regel herleiten. Ich bin daher der Meinung, daß auch Sachen der blos willkührlichen Gerichtsbarkeit zwar ohne Bedenken in den menschlichen Ferien, an Gott

26) *L. 2. Cod. de feriis.* Jedoch ist die Aechtheit dieses Gesetzes nicht ganz ausser Zweifel, denn in den ältesten Handschriften des Codex ist es nicht zu finden. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theodos. de Feriis. STRYK Us. Mod. Pandect. Lib. II. Tit. XII. §. 14. und BERGER in Resolutionib. Legum obstantium Lib. II. Tit. XII. Qu. 3. pag. 61. Die Constitution rührt wenigstens auf keinen Fall vom Theodos her, dessen Namen in der Inscription angezeigt wird, sondern ist vielmehr dem K. Constantin zuzueignen. S. *Io. Guil.* HOFFMANN Observation. variae ad Libr. II. Pandectar. Diss. hebdom. III. (*Francof. ad Viadr.* 1734. 4.) §. 3.

27) Es erhellet dieses ganz deutlich aus *L. 1. Cod. Theod. de Feriis*, in welcher erlaubt wird, *ea, quae sunt maxime* VOTIVA, d. i. wie es *Iac.* GOTHOFREDUS in Notis ad h. L. erklärt, quae votis maxime expetuntur, am Sonntage vorzunehmen.

Gott geheiligten Feyertagen aber nur alsdann, wenn entweder die Gesetze eine gewisse Handlung der ihr beywohnenden Frömmigkeit wegen besonders begünstigen, oder eine Gefahr des Verzugs vorhanden ist, gültiger Weise vorgenommen werden können [28]). Endlich

4) nimmt man insgemein zur Regel an, daß bey Handlungen der blos freywilligen Gerichtsbarkeit ein Richter in seiner eigenen Sache das richterliche Amt verwalten könne [29]). Allein richtiger schränken die neuern Rechtsgelehrten [30]) diesen Satz auf solche blos freywillige Gerichtshandlungen ein, welche entweder gar nicht in der Absicht unternommen werden, daß daraus eine Verbindlichkeit entstehe,

28) *Cap. 5. X. de feriis* — nisi necessitas urgeat, vel pietas suadeat. Vid. COCCEJI Ius civ. controv. Lib. II. Tit. XII. Qu. 6. *I. E. B.* EMMINGHAUS in Notis ad Eundem Tom. I. pag. 204. not. z. *Io. Bern.* MÜLLER Diss. de invaliditate actuum voluntariae iurisdictionis in feriis divinis celebratorum. *Giessae 1741. Io. Ulr. de* CRAMER Tr. de actibus voluntariae iurisdictionis in feriis divinis non permissis, in EIUS *Opusculis* Tom. II. Nr. 13. SCHROETER in Diss. de proprietatibus voluntariae iurisdictionis §. 4. Rettelbladt im angef. Buche §. 27. Claproth §. 15.

29) LAUTERBACH Diss. de iurisdict. voluntaria §. 44. sqq. BERGER de potestate personae publicae in se ipsam §. 16. 17. LUDOVICI Us. pract. Distinctionum iuridicar. Lib. II. Tit. 1. dist. 1. COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 8. Exc. 1.

30) S. Rettelbladt pract. Rechtsgelahrtheit 1. Th. 4. Tit. §. 35. Claproth von freywill. Gerichtshandl. 1. Abschn. §. 13. besonders Not. c. EMMINGHAUS in Not. ad *Cocceji* Ius civ. controv. Tom. I. h. t. Qu. 8. not. o. pag. 164. Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts. 4. Th. S. 423. folg.

stehe, oder welche von der Art sind, daß sich der Richter blos und allein dadurch verbindlich macht. So z. B. kann ein Richter bey seinen Gerichten sein Testament niederlegen, er kann vor seinen Gerichten Caution, z. B. Bürgschaft, leisten, er kann adoptiren, emancipiren, u. s. m. Hier kommt die Privatperson des Richters mit seiner öffentlichen Person in keine Collision [31]). Im Gegentheil, wenn er andere sich oder seinen nächsten Verwandten verbindlich machen will, oder von seinem, und seiner Angehörigen nicht unbeträchtlichen Nutzen die Rede ist, so ist er unfähig, diese Handlungen vorzunehmen [32]). Wer wollte daher wohl behaupten, daß ein Richter durch selbst niedergeschriebene Pfandverschreibungen, sich Leute zu Schuldnern machen könne?

§. 195.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die bürgerliche und peinliche.

Die heutige Gerichtsbarkeit wird ferner nach ihrem Gegenstande in die Civil- und Criminalgerichtsbarkeit eingetheilt [33]).

I. Un-

31) *L. 2. D. de offic. praesid.*

32) Arg. *L. 7. Cod. de probat. L. un. Cod. de contractib. iudicum.*

33) Ge. ENGELBRECHT Diss. de iurisdictione superiori s. alta et inferiori s. bassa sec. mores Germanor. *Helmstadii 1709.* rec. *Halae 1738.* Christ. Ulr. Grupen von den Ober- und Niedergerichten; in den Observat. rerum et antiquitat. Germanic. et Romanar. Obs. XXVI. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. S. 1. ff. und MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 87. sqq.

I. Unter der Civilgerichtsbarkeit wird diejenige verstanden, welche Civilsachen zum Gegenstande hat. Sie heißt auch die niedere Gerichtsbarkeit, die Untergerichtsbarkeit, Vogteygerichtsbarkeit [34]), oder Gerichtsbarkeit schlechtweg. Um nun aber näher zu bestimmen, welche Sachen unter den Civilsachen zu verstehen sind, die als Objecte der bürgerlichen Gerichtsbarkeit betrachtet werden, so ist der Begriff, den uns das römische Recht giebt, von demjenigen genau zu unterscheiden, den man nach der heutigen Gerichtsverfassung damit verbindet.

1) Das

34) Diese Benennung der Civilgerichtsbarkeit ist besonders in Franken und Schwaben gewöhnlich, wo man die peinliche Gerichtsbarkeit die Obervogtey zu nennen pflegt. S. WEHNER Observat. pract. BESOLD Thesaur. HALTAUS Glossar. v. Vogtey. Die Benennung ist daher entstanden, daß die Landgerichte in den ehemaligen Zeiten sich nicht blos mit Justizsachen beschäftigten, sondern den Landvögten auch gewisse Regierungsrechte anvertrauet waren, welche besonders die Aufsicht und Beschützung der Gemeindegüter und gewisse andere Gegenstände der Policey betrafen. S. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 90. Denn das Wort Vogtey bedeutet ursprünglich soviel als eine Verwaltung, welche mit einer Schutz- und Schirmsgerechtigkeit verbunden ist. Man sehe Christ. Jac. von Zwirlein allgemeinen Umriß der Lehre von der Vogtey und Schutz- und Schirmsgerechtigkeit; in Desselben Nebenstunden. XII. Abh. Strubens Nebenstunden. 5. Th. S. 143. ff. besonders den Verfasser der Gedanken von dem ächten Begriff und Grunde der Unmittelbarkeit und Territorialgerechtigkeit in vermischten Reichslanden. S. 84. folgg.

1) Das römische Recht beschränkt den Begriff von Civilsachen blos auf Streitigkeiten der Bürger über Rechte in ihren Privatverhältnissen, sie mögen erlaubte oder unerlaubte Handlungen zum Grunde haben [35]). Eine Rechtssache kann also eine Civilsache seyn, wenn sie auch aus einem Verbrechen herrührt, nämlich insofern aus einem Verbrechen entweder blos auf Schadensersatz, oder auf eine Privatgeldstrafe geklagt wird [36]). Nach diesem römischen Begriff waren also sowohl Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, bey denen es blos auf richterliche Bestätigung ankam, als auch diejenigen Sachen ausgeschlossen, wo eines begangenen Verbrechens wegen eine öffentliche Strafe zu erkennen war. Denn erstere gehörten zur Legis actio, letztere rechnete man zu den Criminalsachen. Allein

2) nach der heutigen Gerichtsverfassung sind die Gegenstände der Civiljurisdiction von grösserem Umfange.

35) MALBLANC c. l. §. 88.

36) *L. 3. D. de delict. priv.* Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exequi: siquidem *pecuniariter* agere velit, ad ius ordinarium remittendus erit, nec cogendus erit in crimen subscribere. §. *10. I. de iniur.* In summa sciendum est, de omni iniuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere vel *civiliter*. Et siquidem *civiliter* agitur: aestimatione facta, secundum quod dictum est, poena reo imponitur. Sin autem *criminaliter:* officio iudicis extraordinaria poena reo irrogatur. *L. fin. D. de furtis.* Meminisse oportebit, nunc furti plerumque *criminaliter* agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere: non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. Non ideo tamen minus, si qui velit, poterit *civiliter* agere. Add. *L. un. C. Quando civilis actio criminali praeiudicet.*

ge [37]). Zu den Civilsachen rechnet man nämlich h. z. T. nicht nur

1) bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, sondern auch

2) die Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit, bey denen es nur auf eine richterliche Bestätigung oder Beglaubigung ankommt; nicht minder

3) die geringern Verbrechen, worauf nur eine Gefängnißstrafe von höchstens vierzehn Tagen oder eine diesem proportionirliche Geldstrafe bis auf zehen Thaler gesetzt ist [38]). Dieß ist wenigstens der gemeinen Praxis und der Analogie der teutschen Gesetze [39]) gemäß, und macht daher so lang die Regel aus, als nicht durch die besondern Gesetze oder Observanz eines Landes oder Orts eins anders bestimmt ist [40]).

37) S. PUFFENDORF de iurisdictione germanica P. II. Sect. IV. cap. un. p. 519. sqq. *Ant. Wilh.* ERTEL Praxis aurea de iurisdictione inferiori. *Nordlingae* 1737. 4. MALBLANC c. l. p. 170.

38) S. KOCH Institut. iuris crim. §. 645. nr. III. Joh. Ludw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. Band. Nr. XXIV. §. 9. Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 237. und 238.

39) Verb. Reichspolicey-Ordnung von 1530. Art. I. §. 2. und 5.

40) In unserm Preußischen Gesetzbuche 2. Th. 17. Tit. 1. Abschn. §. 62. werden geringere Verbrechen, deren Untersuchung und Bestrafung vor die Civilgerichtsbarkeit gehört, diejenigen genennt, auf welche die Gesetze nur höchstens ein vierzehntägiges Gefängniß oder bis fünf Thaler Geldstrafe verordnen.

II. Unter der Criminaljurisdiction oder peinlichen Gerichtsbarkeit hingegen versteht man diejenige Gerichtsbarkeit, welche Criminalsachen und insonderheit eigentliche peinliche Fälle zum Gegenstande hat [41]). Sie wird auch die hohe Gerichtsbarkeit (*iurisdictio alta* [42]), Obergerichtsbarkeit, hohe Obrigkeit, Ungericht, Halsgericht, Malefizgericht, Fraiß, hohe Fraiß, Fraißliche Obrigkeit, Cent, hohe Cent, Blutbann genennt.

Um nun den Gegenstand dieser Gerichtsbarkeit richtig zu erklären, müssen wir wieder den Begriff, welchen das römische Recht mit den Criminalsachen verbindet, von dem heutigen Begriff peinlicher Sachen sorgfältig unterscheiden.

1) In

41) Chr. Fr. Ge. Meisters ausführliche Abhandl. des peinlichen Processes in Teutschland. 3. Th. 1. Abschn. 10. Hauptst. S. 297. ff. BECK Praxis aurea de iurisdictione superiore. *Norimbergae 1720. 1750.* KRESS Diss. de variis iurisdictionis criminalis in Germania generibus. *Helmstadii* 1730. rec. 1735. PUFFENDORF de iurisdict. germ. P. II. Sect. II. c. 2. et 3. Gerstlacher von den mancherley Arten der peinlichen Gerichtsbarkeit, vor desselben Sammlung einiger Würtemberg. Gesetze. II. Th. Stuttgard 1760. 8.

42) Die Ausdrücke: hohe Gerichtsbarkeit, hohe Obrigkeit, hohe Cent, hochfraißliche Obrigkeit, werden jedoch zuweilen in einem noch größerem Umfange genommen, und darunter eine mit verschiedenen andern Regalien, z. E. dem iure fisci, der hohen Jagd, dem Kirchweihschutz, u. s. w. verknüpfte Criminalgerichtsbarkeit, ja die Landeshoheit selbst, verstanden. S. Meister a. a. O. §. 7. u. 8. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 103.

1) In dem römischen Rechte werden *causae criminales* alle diejenigen Sachen genennt, bey denen die Zuerkennung einer öffentlichen Strafe wegen eines begangenen Verbrechens den Gegenstand der Beurtheilung ausmacht [43]). Ob die Strafe eine schwere oder geringe ist, darauf kommt nach den römischen Rechte nichts an, wenn es nur eine öffentliche Strafe d. i. eine solche Strafe ist, welche der Staat zu seiner Genugthuung von dem Uebertreter seiner Gesetze fordert, und welche also die Obrigkeit von Amtswegen dem Verbrecher zuerkennen kann. Es war auch bey den Römern gleichviel, ob das Verbrechen zu den iudiciis publicis gehörte, worüber ein eigener Volksschluß vorhanden war, welches die Strafe bestimmte, oder nicht, sondern nur ausser der Ordnung sich zu einer öffentlichen Ahndung qualificirte. Z. B. Diebstahl, Ausplünderung einer Erbschaft, Abigeat, Prävarication gehören nicht zu den iudiciis publicis, allein sie konnten doch, extra ordinem, wie öffentliche Verbrechen behandelt, und im Namen des Staats geahndet werden [44]). Allein da nach der heutigen Gerichts-

43) §. 10. I. *de iniur.* *L. ult. D. de furt.* *L. 3. D. de priv. delict.* *L. 9. §. 5. D. de publican. et vectigal.* *L. 16. C. ad L. Corn. de falsis.* *L. un. C. Quando civ. act. crim. praeiud.* **Meisters ausführl. Abh. des peinl. Processes 1. Abschn. 2. Hauptst. §. 1.** MALBLANC Conspect. §. 96.

44) *L. 1. D. de public. iudic.* Non omnia iudicia, in quibus crimen vertitur, publica sunt; sed ea tantum, *quae ex Legibus iudiciorum publicorum veniunt:* ut Iulia maiestatis, Iulia de adulteriis, Cornelia de Sicariis et veneficis, Pompeia parricidii, Iulia peculatus, Cornelia de testamentis, Iulia de vi privata, Iulia de vi publica, Iulia ambitus, Iulia repetundarum, Iulia de annona. — *L. 3. D. de extraord. crim.* Stellionatus vel

verfassung auch ein Civilrichter gewisse geringe Verbrechen bestrafen, und Strafen von geringerem Präjudiz zuerkennen kann; so reicht dieser römische Begriff nicht hin, um die Gränzen der Criminal- und Civilgerichtsbarkeit zu bestimmen. Wir müssen also von Criminalsachen im Sinn des römischen Rechts

2) peinliche Sachen im Sinne des heutigen Rechts unterscheiden. Nun ist zwar die Frage, welche Sachen nach dem heutigen Rechte für peinliche Fälle zu halten sind? nicht geringen Schwierigkeiten unterworffen, und es kommt freylich bey der Entscheidung derselben das meiste auf die Verfassung eines jeden Landes und Ortes an. Man hat daher vor allen Dingen darauf zu sehen, ob durch die besondern Gesetze [45]), oder entschiedenen Gewohnheiten eines Lan-

expilatae hereditatis iudicia accusationem quidem habent, *sed non sunt publica.* — *L.* 2. *D. de abigeis.* Abigeatus crimen *publici iudicii non est*, quia furtum magis est. Sed quia plerumque abigei et ferro utuntur, si deprehendantur, ideo gravior et puniri eorum admissum solet. Conf. FINESTRES in Hermogenian. Tom. I. p. 628. sqq.

45) Merkwürdig ist die Verordnung des Herzogs Heinrich Julius zu Braunschweig und Lüneburg d. d. Wolfenbüttel den 12. Sept. 1596. in den Calenbergischen Landes-Ordnungen Theil II. S. 663. welche Grupen in Observat. rer. et antiquitat. germ. et rom. Obs. 26. pag. 409. folgg. mit einem Commentar begleitet hat. Ferner die Churfächsische Landesordnung vom Jahr 1543. und erneuert im Jahr 1555. unter dem Titel: Was zu Ober- Nieder- und Erbgericht gehört, bey CARPZOV in prax. rer. crim. Qu. CIX. n. 25. sqq. Mehrere Landesordnungen führen Grupen a. a. O. S. 412. u. folgg. und ENGELBRECHT in

der

Landes, oder durch verjährten Besitz [46]), oder durch errichtete Recesse zwischen den Interessenten der hohen und niedern Gerichtsbarkeit, oder durch rechtskräftige Erkenntnisse [47]), dieserhalb etwas Gewisses bestimmt worden ist, welches sodann vor allen andern zur Entscheidungsnorm dienen muß. Wo es aber an solchen besondern Bestimmungsgründen mangelt, werden nach der gemeinen Praxis peinliche Sachen, die den Gegenstand der teutschen Criminalgerichts-

der oben Not. 33. angeführten Diss. Sect. II. Membro I. §. 4. S. 28. an.

46) Da es hier nicht auf Erwerbung der Gerichtsbarkeit selbst und insbesondere des Blutbanns, als eines Regals, gegen den Landesherrn, ankommt, sondern nur von Festsetzung bestimmter Gränzen der schon zuständigen Gerichtsbarkeit, und des genauen Gegenstandes derselben, zwischen den Gerichten unter einander die Frage ist, so bedarf es dabey nicht nothwendig der unvordenklichen Verjährung, sondern die dreyßigjährige Zeit ist ebenfalls hinreichend. Man sehe hier vorzüglich nach Ge. Jac. Friedr. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Band. (Göttingen 1791. 8.) XIII. Bemerk. S. 190. u. folgg.

47) Hierher gehört, als vorzügliches Beyspiel, das Urtheil des Kammergerichts zu Berlin in Sachen des Stadtmagistrats zu Zoßen, gegen das königl. Justizamt daselbst, de 16. Jul. 1777. in Hymmens Beyträgen zu der juristischen Litteratur in den preußischen Staaten. IV. Samml. (Berlin 1780. 8.) I. Abschn. Nr. VI, S. 60. folgg. Diesem ist beyzufügen das Urtheil eben dieses Tribunals in Sachen des Stifts Severn wider das Amt Reinberg und den Fiskus, welches in COCCEJI Iur. civ. controv. Tom. I. Lib. II. Tit. I. Qu. 5. pag. 162. stehet. Vid. quoque PUFFENDORF in Animadversionibus iuris. Animadv. VII.

richtsbarkeit ausmachen, diejenigen Sachen genennt, welche schwere peinliche Verbrechen betreffen, die entweder nach den Gesetzen (in thesi) oder doch nach den besondern Umständen (in hypothesi) eine Lebens, oder Leibes, oder solche Strafe, die diesen gleichgeachtet wird, zur Folge haben [48]). Diese Bestimmung ist auch der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. vollkommen gemäß [49]). Nur entstehen

48) S. Meisters ausführl. Abhandl. des peinl. Processes. 1. Abschn. 2. Hptst. §. 5. *de* BOEHMER Observat. select. ad *Carpzovium* P. III. Quaest. CIX. Obs. 2. 4. sqq. PUFFENDORF lib. de iurisdict. germ. P. II. Sect. II. Cap. I. §. 19. KOCH Institut. iur. crim. Lib. III. Cap. I. §. 645. Quistorp Grundsätze des teutschen peinl. Rechts. 2. Th. §. 535. PÜTTMANN Elem. iur. crim. §. 698. sq. Dorn Commentar über das peinl. Recht. 2. Band. §. 285. Tittmanns Grundlinien der Strafrechtswissenschaft §. 41. Feuerbachs Lehrbuch des gemeinen in Teutschland gültigen peinlichen Rechts. (Giessen 1803.) §. 496. Stübels System des allgemeinen peinlichen Rechts. 2. Band. §. 497. u. a. m. Hr. Prof. Robert hat zwar in Diss. de diverso poenarum genere ex mente C. C. C. indeque oriente discrimine inter delicta civilia et criminalia nequaquam negligendo. *Marburgi 1779.* verschiedenes gegen diesen Begriff einwenden wollen; allein Hr. Kanzler Koch hat in drey Briefen über die Robertische Dissertation, welche, mit dieser Dissertation zusammengedruckt, unter dem Titel: über civil und criminal Strafen und Verbrechen, zu Giessen 1785. 8. erschienen sind, die Robertischen Zweifel sehr gründlich beantwortet.

49) Man vergleiche in Carls V. peinlicher Gerichtsordnung Art. 1. 104. 110. 111. 113. 164. 169. 177. u. 178. Conf. *Car. Frid.* WALCHII Glossar. germ. in C. C. C. f. v. peinliche Strafe S. 411. Die alten Teutschen nannten peinliche Fälle solche, wo Strafen, die an Hals oder

Hand

stehen darüber nicht selten Schwierigkeiten, welche Strafen den Leibesstrafen gleichgeschätzt werden können? weil nicht alle Rechtslehrer darin mit einander einig sind. Es ist zwar auſſer Zweifel, daß Festungs, und Zuchthaus, Strafen, lebenslängliche Gefangenschaft, Confiskation der Güter [50]), Landesverweisung und Ehrlosigkeit, in sofern sie als Strafe eines peinlichen Verbrechens erkannt wird [51]), den Leibesstrafen gleichgeachtet werden, und daher zur Obergerichtsbarkeit gehören; allein wie weit Geld-

 und

Hand giengen, zu erkennen waren, unter geringen Freveln hingegen verstanden sie solche, die mit Strafen an Haut und Haar belegt zu werden pflegten. Man sehe hiervon vorzüglich Grupen in den angeführten Obsevat. rer. et antiquit. germ. et rom. Obs. 7. S. 123. folgg. Allein diese Bestimmung kann heutiges Tages nicht mehr zur Regel dienen. S. BOEHMER Obsevat. ad *Carpzov.* Qu. CII. Obs. I. PUFFENDORF l. c. §. 39. et 40. p. 171. sq. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 96.

50) Nach der Peinl. Gerichtsordn. Carls V. ist dieses zwar zweifelhaft; allein durch die Reichspoliceyordnung von 1548. Art. 18. §. 2. ist es ganz auſſer Zweifel gesetzt, daß die Confiscation der Güter zu den peinlichen Strafen zu zählen sey. S. Kleinschrods systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 3. Th. §. 2. Man sehe auch PUFFENDORF de iurid. germ. P. II. Sect. II. c. 2. §. 15.

51) Denn daß der Civilrichter auch auf Ehrlosigkeit, sofern sie nicht aus einem peinlichen Verbrechen, sondern aus einer in einem bürgerlichen Geschäfte zu Schulden gebrachten Untreue erwächset, z. B. bey einem treulosen oder verdächtigen Vormunde, erkennen könne, ist auſſer Zweifel. S. PUFFENDORF de iurisdictione germ. P. II. Sect. II. Cap. II. §. 19. Meisters peinl. Proceß. 1. Abschn. 2. Hptst. §. 5. S. 32.

und Gefängnißstrafen zur Criminal- und wieweit sie zur Civiljurisdiction gehören? läßt sich nach einer allgemeinen Regel kaum bestimmen [52]). Man pflegt indessen ein Gefängniß von mehreren Jahren oder Wochen, und eine Geldstrafe über zehen Thaler zu den peinlichen Fällen zu rechnen [53]). Ich habe hier noch folgendes zu bemerken.

1) Ist die in den Gesetzen für ein Verbrechen bestimmte Strafe peinlich, so gehört die Sache vor den peinlichen Richter, wenn auch gleich in dem einzelnen gegebenen Falle (in hypothesi) wegen der vorhandenen Milderungsgründe nur auf eine geringe und bürgerliche Strafe erkannt werden sollte [54]).

2) Im

52) BOEHMER in Observat. sel. ad *Carpzovium*. Quaest. CIX. Obs. 4.

53) KOCH Instit. iur. crim. a. a. O.

54) S. Grollmanns Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 238. Anmerk. 2. S. 126. Herr Prof. Robert behauptet zwar in der angef. Dissert. §. 14. und 27. daß der Criminalrichter geringe und sogenannte bürgerliche Strafen auch in einem solchen Falle, da das begangene Verbrechen in thesi wirklich ein Criminalverbrechen ist, ohne Vorwissen und Erlaubniß des Civilrichters nicht dictiren könne; allein diese Meinung ist nicht nur dem Geiste der P. G. O. ganz zuwider, welche fast in allen Artikeln, worinn auch eine bestimmte Strafe verordnet worden, die Clausel hinzusetzt, daß nach Gestalt der Personen und Sachen in hypothesi eine gelindere Strafe, ohne hierunter Gränzen zu setzen, von dem Richter bestimmt werden könne; sondern sie beruhet auch wirklich auf einer ganz unrichtigen Erklärung des Art. 158. der P. G. O. in welchem unter der Oberkeit nicht der Civilrichter, sondern die Obrigkeit des Criminalrichters

2) Im Zweifel gehören alle Straffälle zur peinlichen Gerichtsbarkeit, und die Vermuthung streitet daher immer für den Criminalrichter, wenn die Frage ist, ob ein Verbrechen für ein Criminalverbrechen zu halten sey; weil Ausübung der Criminalgewalt von einem Civilgericht eine Ausnahme vom gemeinen Rechte und von der Natur der Sache ist [55]). Man pflegt jedoch

3) in solchen Fällen, wo es sich anfangs nicht gleich mit Gewißheit bestimmen läßt, ob das Verbrechen zu den peinlichen gehöre, dem Civilrichter wenigstens die Generalunterſuchung zu gestatten. Er kann auch einen gefundenen menschlichen Leichnam, wenn die Ursach des Todes noch zweifelhaft ist, aufheben, nicht minder Verbrecher, die ein unstreitig peinliches Verbrechen begangen haben, wegen besorglicher Flucht, in Verhaft nehmen, nur muß er sie nachher an den Criminalrichter abliefern [56]).

Die peinliche Gerichtsbarkeit ist übrigens in Ansehung ihres Umfangs entweder **vollständig** und **uneingeschränkt**, wenn sie auf alle Verbrechen geht, und blos an die nothwendigen durch die Natur der Jurisdiction (§. 188.)

ters, magistratus iudicis criminalis superior, zu verstehen ist. Vid. WALCH in Glossario C. C. C. voc. **Oberkeit** pag. 397. und **Koch** in dem 1. und 2. Briefe über die Robertische Dissertation S. 85. folgg. und S. 97. der oben angef. Schrift **über civil und criminal Strafen und Verbrechen.**

55) **Koch** a. a. O. pag. 330. **Feuerbach** Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 496.

56) **Meisters** Abh. des peinl. Processes 1. Abschn. 11. Hptst. §. 41. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 89. pag. 171.

(§. 188.) bestimmte Schranken gebunden ist; oder unvollständig und beschränkt, wenn sie a) nicht auf alle Verbrechen geht, sondern sich blos auf die so genannten vier Hauptwrogen [57]) oder Hauptrügen, oder vier hohen Wände, nämlich Mord, Brand, Diebstahl und Nothzucht beschränkt; oder auch auf noch weniger Verbrechen sich erstreckt [58]). b) Sie kann auch in Rücksicht des Orts, oder der Personen, oder in Ansehung der Theile der Criminalrichterlichen Gewalt selbst beschränkt seyn [59]). Die vollständige Criminalgerichtsbarkeit wird die allgemeine Cent, *Centena universalis* s. *omnigena*; die unvollständige aber die Frayß-Cent, *Centena specialis*

57) Wrogen oder Wrügen hieß in der Sprache des Mittelalters so viel als anklagen, anzeigen, strafen. S. Glosse *ad Art. 51. lib. I.* des Sächs. Landrechts. Wachter und Haltaus haben dieses Wort in ihren Glossariis übersehen. Man sehe aber SCHERZ Glossar. germ. medii aevi Tom. II. pag. 2062. und SENCKENBERG Corpus iuris germ. T. I. P. II. p. 53.

58) S. Meisters ausführl. Abhandlung des peinl. Processes 1. Abschn. 12. Hptst. §. 8—10. S. 586. ff. Gewöhnlich ist diejenige Criminalgerichtsbarkeit, die vermöge einer Staatsrechtsdienstbarkeit auf einem fremden Territorium ausgeübt wird, nur auf die vier Hauptwrogen beschränkt, jedoch nicht immer. Man sehe die Betrachtungen über das Recht der peinlichen Gerichtsbarkeit auf fremden Gebiete, im Archiv des Criminalrechts, herausgegeben von Klein, Kleinschrod und Konopak 5. Bandes 1. St. Nr. II. S. 35. ff. Man sehe auch MALBLANC Consp. rei iudic. §. 98.

59) S. Meisters Abh. des peinl. Processes 1. Abschn. 12. Hptst. §. 16. ff. S. 599. ff. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 104.

cialis s. *limitata*, genennt [60]). Sie ist ferner entweder mit dem Rechte, peinliche Urtheile zu vollstrecken, verbunden, oder nicht. Im ersten Falle wird sie mit dem Namen des Blutbannes [61]) bezeichnet. Mit demselben ist das Recht, Gerichtsplätze anzulegen, und Galgen, Rabenstein, Räder, Schandpfähle und andere Zeichen der hohen Gerichtsbarkeit, welche zur Vollstreckung peinlicher Urtheile nöthig sind, errichten, oder, wenn sie verfallen sind, wieder in den gehörigen Stand setzen zu lassen, unzertrennlich verbunden [62]). Es stehet daher dem Gerichtsherrn dieses Recht vermöge seines habenden Blutbanns zu, wenn gleich die Lehnbriefe davon nichts enthalten sollten [63]). Dahingegen klebt das Recht, Zuchthäuser zu errichten, als eine zu den Hoheitsrechten in Polizeysachen schlechterdings gehörige landesherrliche Gerechtsame, dem Blutbann gewöhnlich nicht an, und kann auch nicht aus dem Rechte, Gefängnisse anzulegen, nach richtigen

60) S. Grupen von Centgerichten, in desselben Observat. rer. et antiq. germ. et rom. Obs. XXVII. pag. 427. folgg. vorzüglich aber *Henr.* LINCK Diss. de iurisdictione centenae Cap. III. in LEUCHT *Tractat. academ. de iurisdictione.*

61) PUFFENDORF de iurisdictione germ. P. II. Sect. II. Cap. I. §. 5. pag. 150. et Cap. II. §. 11. pag. 187. *de* BOEHMER ad *Carpzovium* Quaest. CIX. Obs. 11. und Meister im peinl. Proceß 10. Hptst. §. 6. S. 306. ff.

62) *de* BOEHMER in Observat. select. ad *Carpzovium* Qu. CIX. Obs. 7. und besonders *Io. Paul.* ENDTER Diss. de symbolica possessione iurisdictionis criminalis. *Altorf. 1712.* auch Meister Hptst. 11. §. 42. S. 532.

63) S. Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts. 2. Th. §. 788. und Dorn Versuch eines practischen Commentars über das peinl. Recht. 2. Band. §. 300. S. 60.

gen Gründen gefolgert werden [64]). Im letztern Falle wird das Recht, Verbrechen zu untersuchen, und peinliche Strafen zu erkennen, mit welchem der Blutbann nicht verbunden ist, die hohe Gerichtsbarkeit, oder Halsgericht schlechtweg genennt [65]); obgleich auch eben so oft unter diesen Benennungen die vollkommene peinliche Gerichtsbarkeit mit Inbegriff des Blutbannes verstanden wird. Daher man in einzelnen Fällen auf die Verfassung und den Sprachgebrauch eines jedes Landes vorzüglich Rücksicht zu nehmen hat [66]). Der Unterschied zwischen hohen und niedern,

64) S. J. J. Moser von der Landeshoheit in Policeysachen. Kap. 6. §. 17. Ge. *Iac. Frid.* MEISTER Commentat. de iure ergastula instituendi ex iurisdictione criminali haud fluente. *Goettingae 1784.* Ebenderselbe in den practischen Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 1. Band. 3. Bemerk. S. 34—37. und Detl. Chr. G. von Bülow über die Befugniß, Zuchthäuser anzulegen. Göttingen 1802. 8.

65) In dem Wertheimischen gegründeten Gegenbericht wider Würzburg Kap. 12. S. 310. und in sehr vielen andern Urkunden ist dieser Unterschied bemerklich. S. Klübers Versuch über die Geschichte der Gerichtsleben S. 40. S. 90. 91. und an mehrern Orten.

66) Ordentlicher Weise ist zwar zu vermuthen, daß die Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit auch den Blutbann mit in sich fasse. Allein wenn in einem Lande der Blutbann der peinlichen Gerichtsbarkeit entgegengesetzt wird, so hat derjenige, welchem die letztere verliehen worden ist, nur das Recht, Verbrechen zu untersuchen und peinliche Strafen zu bestimmen; demjenigen Richter aber, dem der Blutbann verliehen worden, stehet alsdann das Recht zu, peinliche Erkenntnisse zu vollziehen. S. PUFFENDORF de iurisdictione germ. p. 185. und Meisters peinl. Proc. S. 312. Beyspiele

dern, oder Ober, und Untergerichten ist übrigens sehr alt. Schon in Karls des Grossen Capitularien findet man ihn [67]). Der Ursprung desselben [68]) ist wohl am natürlichsten den hohen Begriffen zuzuschreiben, welche die Teutschen in den ältesten und mittlern Zeiten mit dem Blutbanne verbanden; da sie solchen anfänglich nur einem höhern Wesen, in dessen Namen derselbe von der Geistlichkeit ausgeübt ward [69]) und nachher nur dem Könige gestatteten. Dieser sonderte ihn daher bey Verleihungen der Gerichtsbarkeit sorgfältig von der bürgerlichen ab [70]). Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Criminaljurisdiction auch mit mancherley Lasten verknüpft ist. Dahin gehört 1) die Besoldung der zur Ausübung derselben erforderlichen Gerichtspersonen. 2) Der Auf-

spiele von Städten, wo dieser Unterschied herrscht, führt Hr. Prof. Eisenhart in dem Versuch einer Anleitung zum teutschen Stadt- und Bürgerrechte (Braunschweig 1791. 8.) §. 84. S. 116. an.

67) S. Klüber in dem angef. Versuche S. 88. Not. *.

68) Man vergleiche Joh. Sam. Friedr. Böhmer von dem Ursprunge des Unterschieds zwischen hohen und niedern Gerichten, in den Hallischen Anzeigen vom Jahr 1736. Nr. XVI. und in Schotts juristi. Wochenblatte 2. Jahrg. S. 744. auch BOEHMER in Observat. select. ad *Carpzov.* Quaest. CIX. Obs. 3. Eine Geschichte der teutschen peinlichen Gerichtsbarkeit enthält *Lud.* GOECKEL Diss. de forma iurisdictionis criminalis apud Germanos. *Altorfii 1735.*

69) TACITUS *de morib. Germanor.* cap. 7. sagt: Neque animadvertere, neque vincire, neque verberare quidem, nisi *sacerdotibus*, permissum: non quasi in poenam, nec ducis iussu, sed *velut Deo imperante.*

70) Klüber in dem angef. Versuche S. 137. Not. *).

Aufwand der Kosten, welche die Errichtung und Ausbesserung der zur Ausübung derselben nöthigen Sachen erfordert. 3) Die Uebernehmung der Proceßkosten, wenn der Angeschuldigte, oder andere Personen, welche dazu verpflichtet sind, sie nicht tragen können[71]). Man behauptet auch 4) daß nach der Regel dem peinlichen Gerichtsherrn die Verbindlichkeit obliege, die Findlinge zu ernähren[72]); allein ohne zureichenden Grund[73]).

§. 196.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die geistliche und weltliche. Bestimmung des Begriffs der kirchlichen Rechtssachen.

Nicht minder wichtig in Ansehung des Gegenstandes ist die Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die geistliche oder kirchliche, und in die weltliche oder bürgerliche. Ich nehme hier die geistliche Gerichtsbarkeit[74]) im heutigen strengsten Verstande, nicht in dem aus-

71) MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 101. Feuerbachs Lehrbuch des peinl. Rechts §. 499.

72) CARPZOV Pract. nova rer. crim. P. I. Qu. X. nr. 25. sqq. LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. DCXIII. medit. 5 — 8. v. Quistorp Grundsätze des peinlichen Rechts. 1. Th. §. 285. am Ende S. 423.

73) S. Meisters peinl. Proceß. Hptst. 11. §. 45. S. 548. f. de BOEHMER ad *Carpzovium* Qu. X. Obs. 4. und Carl von Dalwigk über die Verbindlichkeit zur Verpflegung und Erziehung ausgesetzter Kinder. In Desselben kleinen juristischen Abhandlungen. 1. Bändchen. Frankfurt am Main 1788. Nr. III. S. 57. ff.

74) Hauptschriften in dieser Materie sind *Ant. Dadin.* ALTESERRAE ecclesiasticae iurisdictionis vindiciae adversus *Caroli Fevreti* et

ausgedehnten Sinne der römisch-katholischen Hierarchie [75]), und verstehe darunter diejenige öffentliche Gewalt, welche sich mit der Administration der Justiz in kirchlichen Rechtssachen beschäftiget [76]). Die weltliche Gerichtsbarkeit

et aliorum tractatus de abusu. *Parisiis* 1710. 4. und zugleich mit des FEVRET Traité de l'Abus. *Lugduni* 1736 f. *Henr. Mich.* HEBENSTREIT Dissertationes tres de historia iurisdictionis ecclesiasticae ex Legibus utriusque Codicis illustrata. *Lipsiae* 1773. 1777. 1778. (Maier) von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstand in zeitlichen Sachen. Tübingen 1781. 8. auch (Spittler) von der Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte in geistlichen Sachen. 1779. 4. und *G. L.* BOEHMER Orat. de finibus iurisdictionis imperialis quoad in causis ecclesiasticis competit, in EIUS *Observat. Iuris Canon.* Nr. V.

75) In dem katholischen Kirchenrechte wird unter dem Namen der kirchlichen Jurisdiction im weitläuftigsten Verstande die ganze Kirchengewalt verstanden, so wie dieselbe nach dem hierarchischen System der römischen Kirche beschaffen ist. In einer mehr eingeschränkten Bedeutung hingegen wird die kirchliche Gerichtsbarkeit genommen, wenn man bey einem katholischen Bischoffe die *lex iurisdictionis* und die *lex dioecesana* unterscheidet. Das Recht, geistliche Rechtshändel zu entscheiden, ist nur ein Stück von der lege iurisdictionis. Das weitere liegt ausser meiner Sphäre. S. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institutiones Iurisprud. eccles. P. II. §. 254. 255. EYBEL Introduct. in ius ecclesiast. Catholicor. Tom. IV. §. 471. pag. 614. sq. von Sartori geistl. und weltl. Staatsrecht der teutschen Stifter. 2. Bandes 2. Th. 1. Abschn. §. 1214. S. 115.

76) *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 502. sagt: IURISDICTIO ECCLESIASTICA est *potestas publica ius dicendi causis et personis potestati ecclesiasticae subiectis.* und Herr Prof. MALBLANC in Consp. rei iudic. §. 118. sagt: *Iurisdictio ecclesiastica* est *potestas publica ius dicendi causis et personis potestati ecclesiasticae subiectis.*

keit hingegen ist diejenige, welche hauptsächlich weltliche Rechtssachen zum Gegenstande hat. Alles beruhet nun auf der Bestimmung des Begriffs der geistlichen oder kirchlichen Rechtssachen [77]). Es ist schwer, hiervon einen so

ecclesiastica sensu strictiori est facultas in causis ecclesiasticis ius dicendi. Fast eben so HOFACKER in Princip. iur. civ. T. III. §. 4208. I. E. sagt er, est potestas ius dicendi in causis potestati ecclesiasticae subiectis. Hiervon weicht hingegen Herr Reg. Rath Eichmann in seinen Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. §. 196. S. 87. ab, wo er die kirchliche Gerichtsbarkeit für diejenige Gerichtsbarkeit nimmt, welche mit der Kirchengewalt, ohne ihre Natur anzunehmen, zur bessern Erreichung der Absicht derselben, verbunden ist, und damit zugleich ausgeübt wird.

77) Hier verdienen folgende Schriften bemerkt zu werden: *Mart.* SCHRADER Tr. de causis fori ecclesiastici ex iure communi civili et canonico, nec non constitutionib. ac observantia Ecclesiarum, inprimis vero Evangelicarum, deductus. *Guelpherb.* 1710. 4. *God. Leonh.* BAUDIS Dissertat. de indole causarum ecclesiasticarum et de fundamentis earundem. *Lipsiae* 1735. 4. *Rupert.* STARCH Iudex ecclesiasticus. *Salisb.* 1748. 4. Hr. Hofr. Schnauberts kurze Entwickelung des Begriffs von geistlichen Sachen überhaupt, in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. 1. Theil. (Gießen 1782. 8.) Nr. II. S. 22—45. Beyläufig, und doch sehr gründlich handeln von Kirchensachen auch noch Spittler in der Not. 74. angef. Schrift §. 14. u. 15. und Ebenderselbe in den vorläufigen Gedanken über einen Rechtsfall, die Bestellung eines katholischen Beamten in einem evangelischen Ganherrschaftsorte betreffend. (Frankfurt und Leipzig 1783. 4.) 1. Abschn. §. 1—5. und Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 1. Th. Resp. XVI. S. 184. ff. und 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLXIV. S. 250. ff.

so allgemeinen Begriff aufzustellen, der uns in Stand setzte, in jedem einzelnen Falle sogleich die Gränzscheidung zwischen der geistlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit ausfindig zu machen. Denn einmal stimmen hierin die Meinungen der verschiedenen Religionsparthеyen in Teutschland noch so wenig mit einander überein, daß auch die neueste kaiserliche Wahlkapitulation sich des Wunsches nicht enthalten können, daß die causae saeculares von den ecclesiasticis rechtlich distinguirt werden möchten [78]). Sodann macht auch die so sehr verschiedene Kirchenverfassung in einem jeden einzelnen Staate Teutschlandes die Feststellung eines allgemeinen Standpunkts für kirchliche Rechtssachen fast unmöglich.

Soviel ist indessen gewiß, daß nicht alle und jede Kirchensachen gleich als Gegenstände der kirchlichen Gerichtsbarkeit anzusehen sind. Man hat daher, um alle Verwirrung zu vermeiden, vor allen Dingen zwischen Kirchensachen überhaupt, und solchen kirchlichen Rechtssachen zu unterscheiden, die als Gegenstände der kirchlichen Gerichtsbarkeit zu betrachten sind.

Kirchensachen (*causae ecclesiasticae*) sind überhaupt solche Angelegenheiten, welche sich als Mittel zur Beförderung des kirchlichen Zwecks der gemeinsamen Gottesverehrung verhalten [79]). Diese sind von zweyerley Art.

1) Solche, welche schon an sich und ihrer Natur nach Mittel zur kirchlichen Gottesverehrung sind. (*Causae mere ecclesiasticae*). Zu diesen gehören z. B. die Sakramente und

78) Wie es Art. XIV. §. 5. heißt.

79) Schnaubert über Kirche und Kirchengewalt in Ansehung des kirchlichen Religionsbegriffs. (Jena 1789.) S. 67. folgg.

deren Verwaltung, ferner der kirchliche Religionsbegriff, der öffentliche Vortrag des göttlichen Worts u. d.

2) Solche, welche an sich weltliche Sachen sind, und also ihrer Natur nach zur Religion nicht gehören, die aber doch als Mittel zum Zwecke der Kirche dienen können, und auch vermöge der Kirchengewalt wirklich dazu bestimmt sind. (*Causae ecclesiasticae mixtae*). Diese gemischte Kirchensachen können entweder solche seyn, wodurch der Zweck der Kirche unmittelbar befördert wird, wie z. B. kirchliche Gebäude, und andere kirchliche Geräthschaften; oder solche, wodurch der kirchliche Zweck nur mittelbar befördert wird, z. E. Güter und Revenüen der Kirche zum Unterhalt der Geistlichen, desgleichen zum Bau und Reparatur der kirchlichen Versammlungshäuser.

Beyde Arten von Kirchensachen sind zwar Gegenstände der Kirchengewalt, nur müssen alle Anstalten und kollegialische Verfügungen darüber a) zweckmäßig seyn, und dürfen auch b) weder den Vorschriften Gottes in der heiligen Schrift, noch c) der Gewissensfreyheit der einzelnen Mitglieder zuwider seyn [80]).

So wenig jedoch irgend eine Gesellschaft im Staate sich eine Gerichtsbarkeit anmaßen darf, die nur die höchste Gewalt im Staate zur Quelle haben kann, und also ohne deren besondere Verleihung niemanden zukommt; so wenig kann auch eine kirchliche Gesellschaft aus eigner Macht eine eigentliche Gerichtsbarkeit in Ansehung der sie betreffenden Angelegenheiten ausüben, oder Jemanden ihres Mittels auftra-

80) Schnaubert a. a. O.

tragen [81]). Zwar ist in der Kirchengewalt das Recht begriffen, bey Streitigkeiten in Kirchensachen zu bestimmen, was den Kirchengesetzen gemäß ist [82]). Allein diese Bestimmung ist eine blos kollegialische Entscheidung, welche von der Gerichtsbarkeit ganz verschieden ist [83]). Daß auch von den ersten christlichen Kirchen nur ein solches kollegialisches Bestimmungsrecht wirklich ausgeübt worden, lehrt die Geschichte. Denn so lange Nichtchristen Kaiser waren, unter deren Regierung oft die härtesten Verfolgungen gegen die Christen in dem weiten Umfange ihrer Monarchie verhängt wurden, war es doppelt bedenklich, Angelegenheiten der Christen unter sich nur zur Kenntniß feindselig gegen sie gesinnter Richter und Obrigkeiten gelangen zu lassen. Da

81) Man vergleiche hier *Henr. Mich.* HEBENSTREIT Historia iurisdictionis ecclesiasticae ex legibus utriusque Codicis illustrata. Dissertat. I. praes. *Io. Theoph.* SEGERO def. *Lipsiae 1773.* §. 2.

82) *G. L.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 238.

83) Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten und Katholiken in Deutschland §. 104. u. 105. Die katholischen Canonisten nehmen zwar eine der Kirche eigene, ursprüngliche und wesentliche Gerichtsbarkeit an, welche die christliche Kirche von ihrem Stifter erhalten habe; man sehe RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 503. sqq. und *Car. Seb.* BERARDI Commentar. in ius eccles. univers. Tom. I. (*Venetiis* 1778. 4.) Dissert. I. cap. 3. Allein sie gestehen selbst: hanc iurisdictionem ecclesiae esse totam *spiritualem* et ad *interna* sive *ad animarum salutem* unice sese extendere, wie *Zeg. Bern. van* ESPEN in Iure eccles. univ. Tom. IX. (edit. *Io. Pet.* GIBERT *Venetiis 1782.* fol.) pag. 188. sagt; er unterscheidet daher ausdrücklich inter iurisdictionem *proprie dictam*, quae *coactiva* est, et iurisdictionem *improprie dictam*, ac *spiritualem*, Ecclesiae eiusque episcopis a *Christo* datam.

gab sich's von selbst, daß die christlichen Gemeinden ihre innern Einrichtungen kollegialisch so gut, wie sie konnten, behandelten, und daß Streitigkeiten über Gegenstände, wo Religionsgrundsätze Einfluß hatten, in der Stille vermittelt, oder schiedsrichterlich abgethan wurden. Zwar konnte dabey das Ansehen eines rechtschaffenen Bischoffs zuweilen von großem Gewichte seyn; es konnten auch wohl mehrere Bischöffe benachbarter Gemeinden zuträglich finden, durch gegenseitige Mittheilung ihrer Gedanken, Rathschläge, und Erfahrungen sich zu unterstützen. Allein an eine von Bischöffen oder Kirchenversammlungen auszuübende Gerichtsbarkeit war noch nicht zu denken [84]). Erst von der Zeit an, als Constantin der Große sich zur christlichen Religion bekannte, und dadurch das Christenthum die herrschende Religion im römischen Staate wurde, gewannen die kirchlichen Gesellschaften der Christen mehr Freyheit, und auch die Bischöffe erlangten durch Nachsicht oder Verwilligung der christlichen Kaiser eine größere Gewalt. Denn so wie man jetzt den kirchlichen Gesellschaften ihre innerlichen Einrichtungen in kollegialisch kirchlicher Gewalt zu machen überließ, so ließ man auch öffentliche Kirchenversammlungen mehrerer oder aller zum römischen Reiche gehöriger Bischöffe halten, um nicht nur in der kirchlichen Verfassung, sondern auch selbst in den Lehrsätzen eine Gleichförmigkeit zu bewirken

84) Man sehe SARPI Hist. Concil. Trident. Lib. IV. p. 297. sqq. *Ios.* BINGHAMI Origines s. antiquitat. ecclesiast. Lib. II. cap. 7. und besonders BAUDIS in der angef. vortreflichen Dissertation de indole causarum ecclesiasticar. §. 27. und HEBENSTREIT cit. Diss. §. 6. sqq.

ken [85]), und gestattete auch zur Schlichtung vorkommender Streitigkeiten eine sogenannte bischöffliche Audienz [86]). Diese bischöffliche Audienz war zwar noch keine wahre Jurisdiction, weil sie mit keinem Imperium verbunden war, welches blos den römischen Magistratspersonen zustand [87]). Allein sie war doch auch kein bloses Schiedsrichteramt, sondern es war ein wichtiger Unterschied zwischen geistlichen und weltlichen Sachen. In weltlichen Sachen hatten die Bischöffe durchaus keine Jurisdiction, auch nicht einmal in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der Geistlichen vor Justinian [88]); sondern sie konnten in solchen Sachen blos den Schiedsrichter machen, wenn sie von den Partheyen durch Compromiß dazu waren gewählt worden, die Partheyen mochten geistlichen oder weltlichen Standes seyn. Von den Aussprüchen der Bischöffe hatte keine Provocation Statt, die Vollstreckung derselben aber gehörte vor die weltliche

85) Spittlers Geschichte der christlichen Kirche S. 86. u. f. (der 3ten Aufl.) Pütters hist. Entwickelung der heutigen Staatsverfassung des teutschen Reichs. 1. Th. S. 18. ff. und Desselben Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts. 2. B. S. 26. f.

86) Von dieser audientia episcopali handelt ausführlich HEBENSTREIT cit. Dissertat. I. §. 22. sqq. und Diss. II. (*Lipsiae 1776.*) §. 12. sqq.

87) *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis primae Digestor. h. t. §. 2. vergleicht daher die audientia episcopalis mit der notio iudicum pedaneorum. (§. 186.) Allein sie war mehr als notio. Das Wort audientia wird auch von Magistratspersonen gebraucht. *L. 1. C. de iurisdict. L. un. C. ne liceat in una ead. caus. L. 29. C. Th. de appellat.*

88) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 523.

liche Obrigkeit [89]). Allein in Sachen, welche die Religion und Kirchendisciplin betrafen, waren die Bischöffe schon seit Valentinian I. die ordentlichen Richter [90]). In solchen Sachen hatte auch die Appellation Statt [91]).

In einer Verordnung der Kaiser Arcadius und Honorius [92]) wird der Unterschied zwischen geistlichen und weltlichen Sachen in Absicht auf die Competenz des Gerichtsstandes besonders bemerklich gemacht, wenn es daselbst heißt: Quoties *de religione* agitur, episcopos convenit iudicare; *caeteras* vero *causas*, quae *ad ordinarios cognitores*, vel *ad usum publici iuris* pertinent, *legibus* oportet *audiri*. Daß aber schon vorher die Bischöffe die ordentlichen Richter in Kirchensachen gewesen, beweißt die Verordnung des Kaisers Valentinian I. auf welche sich Ambrosius in einem Briefe an Valentinian II. [93]) beruft, um damit sein Nichterscheinen vor dem *Sacro Consisto-*

rio

98) Ein solches Privilegium hatte zuerst K. Constantin der Große den Bischöffen ertheilt, wie SOZOMENUS in Histor. Eccles. Lib. I. c. 9. erzählt. Die Verordnung des Krs Constantin, welche *L. 1. C. Th. de episcopali iudicio* vorkommt, ist untergeschoben. S. HEBENSTREIT Historia iurisdictionis eccles. Diss. II. §. 16. Ein gleiches verordnete Kr Honorius *L. 7. et 8. C. de episcop. audientia.*

90) HEBENSTREIT cit. Historia Diss. I. §. 23. sqq.

91) *Corn. Wilh. de* ROEHR Dissertation. de effectu religionis christianae in iurisprudentiam Romanam. Fascic. I. (*Groningae* 1776. 8.) Diss. III. §. 7. pag. 93.

92) *L. 1. Cod. Theod. de Religione.*

93) Lib. II. Epist. 13.

rio Principis, wie er sich ausdrückt, zu entschuldigen, vor welches er war gefordert worden, um sich mit dem Arianer Auxentius über eine Religionsstreitigkeit vernehmen zu lassen. Die Worte jener Verordnung [94]), so wie sie Ambrosius angiebt, lauteten so: *In causis fidei, vel ecclesiastici alicuius ordinis eum iudicare debere, qui nec munere impar sit, nec iure dissimilis;* welche Worte er so auslegt: Sacerdotes de Sacerdotibus voluit iudicare. Quin etiam, si alias quoque argueretur Episcopus, et *morum esset examinanda causa*, etiam hoc voluit ad *episcopale iudicium* pertinere. Man sieht hieraus, daß in bürgerlichen Sachen des Klerus noch keine geistliche Gerichtsbarkeit begründet war. Ambrosius giebt dieses selbst dadurch zu erkennen, wenn er am Schluß die Worte beyfügt: *Quando audisti, clementissime Imperator*, in causa fidei *laicos de episcopis iudicasse?* Früh genug versuchten zwar die Bischöffe, sich auch in den bürgerlichen Rechtssachen der Geistlichen eine Gerichtsbarkeit anzumassen, worüber zwischen ihnen und den prefectis praetorio viel Streitigkeiten entstanden [95]). Allein durch eine Verordnung des Kaisers Valentinian III. [96]) wurde die zur Ungebühr erstreckte bischöffliche Audienz wieder in ihre Schranken zurück gebracht, in welcher die Worte: cum *inter Clericos* iurgium vertitur, et ipsis litigatoribus convenit, habeat Episcopus licentiam iudicandi, *praeeunte tamen vinculo compromissi.*

94) Man findet das Rescript des Kaisers Valentinian I. auch bey BARONIUS in Annal. ad ann. 379. n. 40.

95) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 523. S. 362. f.

96) Novellar. Collect. *Ritter.* Lib. II. Tit. 12. S. meinen Commentar Th. 6. S. 364. Not. 21.

missi. — Quoniam constat, *Episcopos et Presbyteros forum legibus non habere*, nec *de aliis causis*, secundum ARCADII et HONORII divalia constituta, quae Theodosianum corpus ostendit, *praeter religionem*, posse cognoscere. — Si vero petitor laicus, seu in civili seu criminali causa, *cuiuslibet loci clericum* adversarium suum, si id magis eligat, per auctoritatem legitimam *in publico iudicio* respondere compellat; auſſer allen Zweifel setzen, daß damals die Geistlichkeit in weltlichen Sachen noch der Jurisdiction der weltlichen Richter unterworfen gewesen sey. Eben so suchte man auch den Mißbräuchen der Kirchencensur dadurch Einhalt zu thun, daß man einen Unterschied unter kirchlichen und weltlichen Verbrechen machte, und die Untersuchung der erstern den geistlichen, die Bestrafung der letztern aber den weltlichen Richtern ausschließlich zueignete [97]). Uebrigens aber blieben die Jurisdictionsverhältnisse in Ansehung der im Eigenthum befindlichen Sachen, wenn sie auch als Mittel zur Gottesverehrung angesehen wurden, unverändert [98]). Erst Justinian erweiterte die bischöffliche Audienz dergestalt, daß er nicht nur alle Kirchensachen [99]) nach dem oben angege-

97) So befahl Kaiser Gratian *L.* 23. *Cod. Theod. de Episcop. Eccles. et Cleric.* causas ex levibus delictis ad religionis observantiam pertinentes, locis suis et a suae Dioeceseos synodis audiri, exceptis, quae actio criminalis ab ordinariis extraordinariisque iudicibus aut illustribus potestatibus audienda constituit. S. *Iac.* GOTHOFREDUS ad h. L. und HEBENSTREIT cit. Historia I. E. Diss. I. §. 26.

98) S. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. S. 105.

99) *L.* 29. §. 4. *Cod. de episcop. audient.* sagt Justinian: Has autem actiones siquidem *ad negotia ecclesiastica* pertinent, necesse

gegebenen Begriffe, nebst der Cognition über kirchliche Verbrechen [100]), derselben ausschließlich zueignete, sondern auch die Bischöffe zu ordentlichen Richtern der Geistlichen in erster Instanz bestellete, bey denen dieselben nun auch in bürgerlichen Sachen belangt werden sollten [1]). Ueberdem erlaubte er zur Behauptung des Rechts der Kirchendisciplin geistliche Gefängnisse, die man *decanica* oder *diaconica* nannte [2]), und überließ der Sorgfalt der Bischöffe manche

necesse fore iubemus, ut a solis religiosissimis Episcopis aut Metropolitanis aut a sacris Synodis aut a sanctissimis Patriarchis cognoscantur. Nach der Novelle 123. Kap. 23. sollen ferner die Oekonomen und Verwalter der Stifts- und Kirchengüter ihre Rechnungen bey dem Bischoff ablegen, und von diesem angehalten werden, dasjenige dem Gotteshause zu bezahlen, was sie demselben aus der Rechnung schuldig sind. Glauben sie, sie seyen durch den Ausspruch des Bischoffs gravirt, so können sie an den Metropolitan, und von diesem an den Patriarchen appelliren.

100) In der Novelle 83. Kap. 1. sagt Justinian nach Hombergk: Quodsi *ecclesiasticum* sit *delictum*, et *castigatione ecclesiastica* atque *multa* egeat, Deo amicissimus *Episcopus* de illo cognoscat, *exclusis clarissimis provinciae Praesidibus.* Volumus enim *civiles iudices* eiusmodi causas plane nescire, cum talia ecclesiastice examinari, et peccatorum animas per multam ecclesiasticam, et sacros divinosque canones lucrari oporteat, quas etiam leges nostrae sequi non dedignantur.

1) *Nov. 83.* et *Nov. 123. c. 8. 21. et* 22. S. den 6. Th. dieses Commentars §. 523. S. 370. ff.

2) *Nov. LXXIX. cap. 3.* Von diesen decanicis handeln besonders *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 30. Cod. Theodos. de haereticis. *Iac.* CUJACIUS in Expositt. Nov. 79. und *Ios.* BINGHAM in Originib. s. Antiquitat. Eccles. Vol. III. Lib. VIII. cap. VII. §. 9. pag. 264. sqq.

manche Dinge, welche eigentlich einen Gegenstand der Staatssorgfalt ausmachten [3]).

Unter Carl dem Großen wurde nachher die bischöffliche Audienz in eine förmliche von höchster Gewalt wegen den Bischöffen aufgetragene [4]), und endlich im zwölften Jahrhundert

3) Z. B. die Sorge für die Beobachtung der Gesetze, die Aufsicht über die Verwaltung der Justiz. Die Bischöffe waren genaue Beobachter der weltlichen Obrigkeiten bey ihrer Amtsführung, diese mußten auch vor dem Bischoff ihren Amtseid schwören. *Nov. VIII. cap. 14.* Begangene Ungerechtigkeiten der Richter berichteten sie dem Monarchen. *Nov. VIII. cap. 8.* Besonders mußten sie darauf sehen, daß die der Verbrechen wegen Inhaftirten in den Gefängnissen menschlich behandelt wurden. *L. 22. Cod. de episcop. audient. L. 6. C. de custod. reor.* S. HEBENSTREIT Histor. iurisdictionis ecclesiast. ex LL. utriusq. Cod. illustrata. Dissert. III. *Lipsiae 1778.* § 15. et 20. *de* RHOER Dissertat. III. de effectu religionis christianae in iurisprud. Rom. §. 9. et 10.

4) Dieses geschahe auf der Kirchenversammlung zu Frankfurt 794. in deren Canon 6. festgesetzt wurde: Jeder Bischoff soll in seinem Sprengel die Gerichtsbarkeit verwalten. (*Episcopi iustitias faciant in suis parochiis.*) Jedoch sollten dem bischöfflichen Gericht auch die königlichen Grafen beywohnen. Von den Aussprüchen des Bischoffs soll an den Metropolitan appellirt werden, sollten sich aber die Partheyen auch bey dessen Urteilspruche noch nicht beruhigen, so sollen sie sich in der letztern Instanz an den König wenden, und den Bericht des Metropolitans mitbringen, damit er von der wahren Lage der Sache unterrichtet werde. Es waren daher damals am Hofe des Königs zwey höchste Chargen angeordnet, die des Erzkapelans für das Departement der geistlichen Sachen, und die des Comes Palatii für das Departement der weltlichen Sachen. Man ver-

hundert in eine aus eigner Macht den Bischöffen zugeeignete Gerichtsbarkeit verwandelt [5]). Nach diesen mit den verschiedenen Zeitläuften stuffenweis eingetretenen Veränderungen ward nunmehr die Gerichtsbarkeit in die geistliche und weltliche dergestalt abgetheilt, daß sie nach Verschiedenheit der Gegenstände, ob sie nämlich in das Kirchenwesen einschlugen, oder nicht, aus einer zweyfachen von einander abgesonderten Macht, und von zweyerley von einander unabhängigen Gerichten, die eine aus bischöfflicher Macht von geistlichen Richtern, die andere vermöge der weltlichen höchsten Gewalt von weltlichen Obrigkeiten ausgeübt wurde [6]). Man war nunmehr weit entfernt, die geistliche Gerichtsbarkeit aus einer Verleihung oder Nachsicht von irgend einer höchsten Gewalt im Staate herzuleiten. Man hielt es vielmehr für eine ursprünglich von Gott verordnete Einrichtung, daß die geistliche und weltliche Gerichtsbarkeit von einander abgesondert seyn müßten, und jene weder jemals von Richtern

vergleiche hier vorzüglich *Petr. de* MARCA de concordia sacerdotii et imperii. Lib. IV. cap. 7. pag. 355. sqq. In den Kapitularien hatte Carl auch noch allen seinen Richtern und Beamten zur Pflicht gemacht, den Bischöffen zu gehorchen, und ihnen bey der Verwaltung der Justiz willfährig zu seyn. *Capitular.* Lib. VII. c. 306. Den Pflichtvergessenen drohet er Absetzung vom Amt, Verlust aller Würden, und Verbannung aus seinem Reiche. *Capitul.* Lib. V. c. 34. S. *Lud.* THOMASSINI Vetus et nova Ecclesiae disciplina. P. II. Lib. III. cap. 107. (edit. *Magontiacae* 1787. 4.)

5) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 32. not. a. Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts 2. Band 12. Erört. S. 27.

6) Pütter in den angef. Erörterungen 2. B. S. 27.

tern weltlichen Standes ausgeübt werden könnte, noch in irgend einiger Abhängigkeit von weltlichen Richtern stehen dürfte. Diese Sätze wurden so allgemein angenommen, daß man es schon als Kirchenraub und Ketzerey ansah, wenn man sich nur einen Zweifel dagegen in Sinn kommen lassen wollte [7]). So ward also die geistliche Gerichtsbarkeit, die, so wie jede andere Jurisdiction ursprünglich ein Ausfluß der höchsten Staatsgewalt, und folglich unter den Majestätsrechten über die Kirche begriffen ist, mit der kirchlichbischöfflichen Gewalt, als ein zufälliges Annexum, vereiniget, und unter allerley Vorwand [8]) dergestalt erweitert, daß nun die Frage, ob eine Sache geistlich oder weltlich sey, und daher vor die geistliche oder weltliche Gerichte gehöre, nicht mehr aus der Natur der Sache, sondern blos aus den darüber vorhandenen päbstlichen und bischöfflichen Verordnungen entschieden werden mußte.

Durch den Religions- und Westphälischen Frieden [9]) wurde nun zwar mit dem Diöcesanrechte auch die ganze geistliche Gerichtsbarkeit der katholischen Bischöfe über die evangelischen Reichsstände und ihre Unterthanen aufgehoben; es war indessen die Meinung dieser Gesetze keinesweges, das katholischer Seits aufgehobene Diöcesanrecht und die geistliche Gerichtsbarkeit in evangelischen Ländern hiermit zu Bestandtheilen der Landeshoheit zu machen [10]). Es läßt sich auch von dem, was der Friede

7) Pütter a. a. O. S. 44. v. f.

8) Man s. *cap. 13. X. de iudic. cap. 3. eodem in VI. cap. 26. in fin. X. de Verb. Signif. cap. 6. 10. 11. et 15. X. de foro compet.* Ge. *Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 244.

9) P. R. de a. 1555. et I. P. O. Art. V. §. 48.

10) Pütters Erörterungen 2. B. S. 60.

Friede vom Reformationsrechte, als einem Bestandtheile der Landeshoheit enthält, kein Schluß auf die bischöflichen Rechte und deren Surrogat machen [11]). Daher blieb die geistliche Gerichtsbarkeit, was sie nun einmal von so vielen Jahrhunderten her geworden war, auch nach der Reformation ein Annexum der kirchlichen Gewalt [12]). Zwar hätten allerdings die evangelischen Landesherren die geistliche Gerichtsbarkeit als ein ursprüngliches Regentenrecht zurück nehmen, so wie die evangelischen Gemeinden die Kirchendirection als ein ihnen zustehendes Collegialrecht für sich behalten können, da beyde mit jener Aufhebung der bischöflichen Kirchengewalt völlig wieder in den Fall der natürlichen Freyheit gekommen waren. Allein man war nun einmal schon gewohnt, daß kirchliche Angelegenheiten nicht collegialisch, sondern befehlsweise von Obern verhandelt wurden. Was konnten also die evangelischen Gemeinden dagegen haben, wenn evangelische Landesherren und Obrigkeiten die Rechte der päbstlichen und bischöflichen Kirchengewalt selbst ausübten, da jede evangelische Gemeinde den Landesherrn, der mit ihr gleicher Religion war, als ihr erstes Mitglied ansehen konnte, von dem sie nicht Ursach hatte irgend etwas wider ihr Gewissen und wider ihre eigene Religionsgrundsätze zu befürchten? Zwar lehrt die Geschichte, daß in verschiedenen Ländern mit förmlichen Beytritt ganzer Landschaften durch Landesrecesse bestimmt worden, wie die bischöflichen Rechte

11) Pütters Geist des Westphälischen Friedens S. 443. nr. XIV. Desselben Erörterungen 2. B. S. 90. u. folgg.

12) Maier von der evangelischen Geistlichkeit Gerichtsstande in zeitlichen Sachen §. 29. und Desselben teutsches geistliches Staatsrecht. 2. Th. §. 104. u. 105. und *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. canon. §. 239.

Rechte nunmehr von den mit ihnen gleicher Religion zugethanen Landesherrschaften ausgeübt werden sollten [13]). Aber auch in solchen Ländern und Städten, wo es an ausdrücklichen Verfügungen dieser Art fehlt, kann man doch sicher annehmen, daß die evangelischen Unterthanen es wissentlich gern haben geschehen lassen, wenn ihre Glaubensverwandte Landesherrschaften oder Obrigkeiten von selbst die Ausübung jener bischöflichen Rechte übernommen haben. So erlangten also die evangelischen Reichsstände über ihre Unterthanen durch ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft mit denselben diejenigen Rechte, die ein katholischer Bischof bisher in seiner Diöces gehabt hatte, und die geistliche Gerichtsbarkeit wurde nunmehr von ihnen durch die neu errichteten Landesconsistorien, nicht vermöge der Landeshoheit, sondern vermöge des ihr zugewachsenen bischöflichen Rechts, wie es bisher seit dem Anfang der Hierarchie gewesen, ausgeübt [14]). Indessen enthält doch auch die Geschichte einzelner evangelischer Länder Beyspiele genug, daß nicht alle evangelische Landesherren die bischöflichen Rechte im ganzen Lande auszuüben bekommen haben, da in manchen Ländern selbst mittelbare Landstädte und landsäßige Edelleute die geistliche Gerichtsbarkeit acquirirten [15]).

Da

13) Pütters Erörterungen 2. B. S. 75. ff. wo Not. n. mehrere Beyspiele hiervon angeführt werden.

14) *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. II. P. II. Obs. 577. §. 8. sqq. ZECH Meditationes de origine, indole, effectibus atque historia iuris reformandi. P. II. Cap. III. §. 23. Maiers geistliches Staatsrecht. 2. Th. §. 104. Pütters Erörterungen 2. B. S. 78. ff.

15) Beyspiele führt Pütter in den Erörterungen 2. Band S. 74. Not. m. an. Man sehe auch *Christ.* DOHNDORF Diss. de

Da also die evangelischen Reichsstände ihre geistliche Gerichtsbarkeit nicht vermöge der Landeshoheit aus, üben, so sind sie auch in Rücksicht derselben der kaiserlichen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen. Von einer kaiserlichen geistlichen Gerichtsbarkeit konnte ohnedem schon darum keine Frage seyn, weil weder zur Zeit des Religionsfriedens noch zur Zeit des Westphälischen Friedens nur daran zu denken war, daß der Kaiser, als ein weltlicher Regent, nach den Grundsätzen seiner Kirche der Ausübung einer geistlichen Gerichtsbarkeit fähig sey [16]). Hätten auch die ehemaligen Römischen Kaiser von Constantin dem Großen an, auch ein Carl der Große, auch noch wohl mancher der nachherigen Kaiser die geistliche Gerichtsbarkeit und andere seitdem erst an Pabst und Bischöffe gekommene Rechte ausgeübt; so konnte deswegen doch eine Reviviscenz solcher Rechte, die schon seit mehreren Jahrhunderten außer Uebung gekommen waren, um so weniger Statt finden, da der Westphälische Friede so viele Hauptveränderungen in der ganzen Reichsverfassung begründet hat, die hiermit in wesentlichen Widerspruch kommen würden [17]). Der Westphälische Friede redet zwar Art. 5. §. 53. u. 54. sowohl von geistlichen als weltlichen Sachen, in denen die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte begründet seyn soll; allein unter dem

de iurisdictione ecclesiastica, quatenus magistratui municipali et in specie Hexapolitano competat. *Lipsiae 1715.* §. 24.

16) Malblank Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfassung und Praxis. 4. Th. §. 52.

17) Pütter a. a. O. S. 118. ff. und S. 129. ff. Desselben Geist des Westphälischen Friedens S. 448.

dem Ausdruck *causae ecclesiasticae* werden dort nicht Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit, sondern nur solche Sachen verstanden, welche Religionsbeschwerden betreffen. In dieser Art Sachen konnte freylich die reichsgerichtliche Jurisdiction auf keine Weise bestritten werden, weil solche aus Gesetzen ihre Entscheidung erhalten, die nicht aus kirchlicher Gewalt, sondern von Kaiser und Reich, vermöge der höchsten Gewalt im Staate und zugleich in Gestalt eines Friedensschlußes zwischen beyden Religionstheilen vertragsmäßig errichtet worden sind [18]).

Da man also hier Sachen nur wegen ihres Einflußes auf das Religionswesen als kirchliche Sachen im weitern Verstande von andern blos politischen Sachen unterschied, so bleiben davon diejenigen geistlichen Sachen, welche als eigentliche Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit zu betrachten sind, gänzlich unterschieden.

Es entsteht also nun die Frage, welches diejenigen Rechtssachen sind, die als Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit zu betrachten sind? Für solche können nur diejenigen gehalten werden, welche in den von beyden Religionspartheyen in Teutschland als gültig angenommenen Verordnungen des canonischen Rechts zur Begründung des geistlichen Gerichtsstandes dafür anerkannt sind [19]). Denn so wenig auch zu läugnen ist, daß die Päbste in ihren Verordnungen mehrmals aus den Schranken der Kirchengewalt getreten sind, und unter mancherley

Vor-

18) Pütters Erörterungen 2. Band S. 170.

19) Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. S. 129. folgg.

Vorspiegelungen Verordnungen über blos weltliche Sachen gemacht haben, wozu sie nicht berechtiget waren; so ist doch nun einmahl das corpus iuris canonici in Teutschland bey der katholischen Reichshälfte für ein durchaus verbindliches Gesetzbuch, bey dem evangelischen Reichstheil aber für ein Hülfsrecht, soweit es den Lehrsätzen der Religion desselben nicht entgegen ist, angenommen, und es bleibt daher dieses immer die erste und vorzüglichste Richtschnur, was man katholischer Seits für kirchliche Rechtssachen erkennt, und was auch wegen Gleichheit der Reichsreligionen evangelischer Seits, wenn deren Lehrsätze keine andere Bestimmung geben, dafür angenommen wird. Wenn demnach gleich die Protestanten unter sich die Vorschriften des canonischen Rechts nicht durchgehens annehmen, und daher manche Sachen, die das canonische Recht für geistliche hält, in den weltlichen Gerichten verhandeln lassen; so erfordert doch die durch die teutschen Reichsgrundgesetze der evangelischen Religionspartheyen versicherte vollkommene und genaue Gleichheit mit der katholischen, daß, wenn es z. B. bey den höchsten Reichsgerichten darauf ankommt, ob eine Sache, als vor die geistlichen Gerichte gehörig, daselbst nicht anzunehmen sey? alle diejenigen Sachen, welche nach den Principien des canonischen Rechts für kirchliche Rechtssachen gehalten werden, auch eben sowohl in Ansehung der evangelischen, als der katholischen Religionsverwandten für solche geachtet werden müssen, die von diesem höchsten Gerichtsstand eximirt sind [20]). Aber auch da, wo jene Reli-

20) Man sehe die oben Not. 74. u. 77. angef. Spittlerischen Schriften, und Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 1. Th. Resp. XVI. nr. 48. S. 185.

gionsgleichheit nicht hauptsächlich in Betrachtung kommt, gilt in den meisten evangelischen Landen noch ordentlicher Weise die Regel: *Quaecunque causae in iure canonico ecclesiasticis adnumerantur, in foris protestantium quoque in consistoriis sub eadem qualitate ventilantur* [21]): welche aber freylich durch die protestantischen Kirchenordnungen und besondern Gewohnheiten eines jeden Landes nach Maasgebung des evangelischen Lehrbegriffs ihre nähere Bestimmung erhält.

Nach dem canonischen Rechte sind nun die Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit von zweyerley Art. Sie sind nämlich solche entweder wegen der Qualität des Subjects, oder wegen der Qualität des Objects [22]).

A. In Rücksicht des Subjects ist die geistliche Gerichtsbarkeit begründet, wenn die Rechtssache persönliche, nicht ausgenommene, Verbindlichkeiten einer kirchlichen oder geistlichen Person betrift [23]). Kirchliche Personen, insofern sie nämlich als Beklagte anzusehen sind, über welche Recht gesprochen werden soll, sind ihres geistlichen Standes wegen vom weltlichen Gerichtsstande befreyt. Von diesem kirchlichen Gerichtsstande der Geist-

21) *Iust. Henn.* BOEHMERI Ius Eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. II. §. 23. pag. 995.

22) Man sehe hier Pütters Erörterungen 2. Band S. 141. folgg. Malblanks Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichtsverfassung 4. Th. §. 54.

23) *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 242. Schnaubert's Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten und Katholiken in Deutschland §. 108. Eichmanns Erklärungen des bürgerlichen Rechts 5. Th. S. 143.

Geistlichen wird in dem Titel de iudiciis §. 523. ausführlicher gehandelt werden. Hier ist noch folgendes zu bemerken.

1) Unter kirchlichen oder geistlichen Personen werden hier alle diejenigen verstanden, welche zur besondern Beförderung des kirchlichen Zwecks öffentlich angestellt sind. Das canonische Recht [24]) sagt: Generaliter *clerici* nuncupantur omnes, qui in ecclesia Christi deserviunt; also alle diejenigen sind im allgemeinen Sinn Geistliche (clerici) zu nennen, deren besonderer Beruf und Stand der Kirchendienst ist. Dahin gehören nun nicht nur Prediger, sondern auch andere gemeine Kirchendiener, z. E. Küster, Cantoren, Organisten, auch öffentlich angestellte Schuldiener und Schulcollegen [25]). In Ansehung der Katholiken ist zu bemerken, daß eigentlich der ordo Jemand zum Geistlichen oder Clericus macht. Nur diejenigen stehen daher unter den geistlichen Gerichten, die denselben erhalten haben. Die bloße Tonsur ist dazu nicht hinreichend. Diejenigen haben daher das Privilegium des geistlichen Gerichtsstandes nach dem Tridentinischen Concilium [26]) nicht, welche bloß die erste Tonsur erhalten haben, wenn nicht damit der Besitz einer geistlichen Pfründe, oder ein wirklicher Kirchen- oder Schuldienst verbunden ist [27]).

24) *Can. 1. Dist. 21.*

25) S. Pütters auserlesene Rechtsfälle 1. Th. Resp. XVI.

26) *Sess. XXIII. cap. 6.*

27) *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iuris eccles. P. II. §. 533.

2) Die Rechtssachen kirchlicher Personen sind jedoch nur dann als Gegenstände der kirchlichen Gerichtsbarkeit anzusehen,

a) wenn sie dabey als Beklagte zu betrachten sind. Tritt also ein Geistlicher wider einen Weltlichen als Kläger auf, so gilt die Regel: *actor sequitur forum rei* [28]).

b) die Sache muß persönliche Verbindlichkeiten der kirchlichen Person betreffen. Der befreyete geistliche Gerichtsstand, welchen solche Personen haben, fällt daher weg,

α) bey dinglichen Klagen, welche gegen sie vor dem weltlichen Richter, in dessen Jurisdictionsbezirke die Sache, welche sie zum Gegenstande haben, gelegen ist, angestellet werden müssen [29]). Es kommt nichts darauf an, ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche ist. Daher kann

28) *Cap. 5. X. de foro competente*, wodurch das ältere canonische Recht *can. 35. et 37. C. XI. Qu. 1.* des Gratianischen Dekrets wieder aufgehoben worden ist. S. RIEGGER c. l. §. 536.

29) *Cap. 20. X. de foro comp. L. 38. D. de iud. L. 66. D. ad SCtum Trebell. L. 1. et 3. C. Ubi in rem act.* Nach dem Rechte der Dekretalen ist dieß zwar so ausgemacht nicht. Man sehe ALTESERRA Vindiciae iurisdict. eccles. Lib. III. cap. 7. Allein offenbar konnte hier keine Ausdehnung eines Privilegiums Statt finden, welches der geistliche Stand nicht den Päbsten, sondern der Güte der Fürsten zu verdanken hat. So urtheilt auch RIEGGER c. l. §. 537. und hiermit stimmt auch der Gerichtsgebrauch überein. Man vergleiche auch *van* ESPEN ius eccles. univ. Tom. IV. P. III. Tit. I. cap. 6. und *Iust. Henn.* BOEHMERI Ius eccles. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 2. §. 58.

kann die Reivindication und die hypothekarische Klage sowohl wegen beweglicher als unbeweglicher Sachen gegen sie in foro rei sitae angestellet werden [30]). Denn der Gerichtsstand der gelegenen Sache wird durch keinen persönlich befreyten Gerichtsstand aufgehoben [31]). Ein Gleiches gilt von vermischten Klagen, die theils aus einem dinglichen, theils aus einem persönlichen Rechte entspringen, z. B. Erbschaftsklagen, Erbtheilungsklagen.

β) Wenn geistliche Personen blos in der Eigenschaft als Besitzer einer streitigen Sache belangt werden, welches bey den possessorischen Klagen, desgleichen bey den actionibus in rem scriptis der Fall ist, z. B. actio ad exhibendum, actio quod metus causa. Hier können sie auch vor dem Gerichtsstande der gelegenen Sache belangt werden [32]).

c) Die geistliche Gerichtsbarkeit ist in allen persönlichen Sachen der Geistlichen gegründet, sie mögen Civil- oder

30) Eichmanns Erklärungen 5. Th. S. 166.

31) Pütters auserles. Rechtsfälle 1. B. S. 6. nr. 24. WERNHER Observat. for. P. I. Obs. 305. nr. 27.

32) RIEGGER c. l. §. 527. EYBEL Introduct. in ius eccles. Catholicor. Tom. II. §. 112. pag. 124. HEDDERICH Elem. iur. canon. P. II. §. 138. not. c. *I. H.* BOEHMER Iur. eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. 2. §. 60. Anderer Meinung ist zwar *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iur. canon. §. 242. not. b. dem ich auch ehemals beystimmte. Allein man kann ja actiones in rem scriptas auch in foro rei sitae anstellen, *L. 38. in fin. D. de iudic.* und diesen Gerichtsstand müssen auch Geistliche anerkennen. S. den 6. Th. dieses Commentars §. 519. S. 329. folg. Man vergleiche auch Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts 5. Th. S. 169.

oder Criminalsachen seyn. Kr. Friedrich II. hat nämlich den Gerichtsstand der Geistlichen auch mit auf die Criminalsachen derselben ausgedehnt [33]); jedoch ist in solchen Sachen die kirchliche Gerichtsbarkeit nur in so weit begründet, als dieselben eine kirchliche Strafe nach sich ziehen [34]), nicht aber in solchen Verbrechen, worauf eine eigentliche peinliche Leibes, oder Lebensstrafe erfolgt [35]). Jedoch bleibt auch hier immer die Jurisdiction der geistlichen Gerichte so lange begründet, bis der geistliche Verbrecher feierlich degradirt, oder förmlich abgesetzt worden ist. Entsteht darüber ein Streit, ob der Verbrecher zur Degradation geeigenschaftet sey, so entscheidet die höchste Justitzbehörde des Landes [36]).

B. In Rücksicht des Objects sind diejenigen Rechtssachen als Gegenstände der geistlichen Gerichtsbarkeit anzusehen, welche entweder den kirchlichen Gottesdienst selbst und unmittelbar betreffen, oder mit demselben connex sind, und daher nur im mittelbaren und entferntern Verhältniß mit der Religion stehen. Jene werden rein geistliche Rechtssachen (*causae ecclesiastice mere tales*, s. *intrinsece spirituales*) diese aber gemischt geistliche Rechtssachen (*causae ecclesiasticae mixtae* s. *accessorie et per*

33) Avth. *Statuimus.* Cod. de Episcop. et Cler.

34) *Cap. 8. X. de iudic.*

35) *Cap. 10. X. eodem.* S. *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. c. l. §. 67. Eichmanns Erklärungen a. a. O. S. 150. folgg. und eines Ungenannten Abh. von dem peinlichen Gerichtsstande geistlicher Verbrecher in Teutschland. 1802. 8.

36) *Nov. 123. cap. 21. §. 1.* MALBLANC Conspect. §. 121. lit. B. pag. 233. Des Ungenannten angef. Abh. §. 16.

per accidens ſpirituales, cauſae ſpiritualibus annexae) genennt.

Zu den geiſtlichen Rechtsſachen der erſten Art gehören

1) diejenigen, welche Religions- und Glaubenslehren, Uebung des Gottesdienſtes, und deſſen Ceremonien überhaupt, inſonderheit aber die Liturgie, die Einführung oder Veränderung der Geſang- und Gebetbücher, Katechismen, kirchliche Feſttäge, desgleichen die Frage betreffen, ob jemand der herrſchenden Religion im Staate zugethan ſey, oder nicht, oder ob irgend ein Mitglied der Kirche, oder ein öffentlicher Religionslehrer irrige und dem Symbol der Kirche widerſprechende Lehren ausſtreue und vortrage, und ob er daher noch ferner die Rechte der kirchlichen Geſellſchaft genießen könne, oder nicht vielmehr auszuſchließen ſey? [37])

2) Alle die innere Kirchendiſciplin, die Synodalverſammlungen und die geiſtlichen Viſitationen betreffende Sachen [38]).

3) Sachen, welche die geiſtlichen Aemter, die Beſtellung der Kirchen- und Schulminiſterien [39]), Beneſizien,

37) S. Malblanks Anleitung zur Kenntniß der deutſchen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzleyverfaſſung und Praxis 4. Th. S. 205. und Ebendeſſelben Conſpect. rei iudiciar. §. 121. Ferner Sartori geiſtlich- und weltliches Staatsrecht der deutſchen katholiſch geiſtlichen Stifter 2. Bandes 2. Th. 1. Abſchn. Kap. 43.

38) Moſers deutſche Juſtizverfaſſung 1. Th. S. 864.

39) *I. P. O. Art. V. §. 31.* Daß auch Schulſachen zu den Kirchenſachen zu rechnen ſind, hat Pütter in den Rechtsfällen 1. B. 1. Th. Reſp. XVII. S. 212. ausführlich gezeigt. Man ſehe auch Ge. *Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 455.

streitige Wahlen, Postulationen, Translocationen, Resignationen, Präsentationen, Ordinationen, Introductionen, Confirmationen, Suspensionen, Remotionen und Depositionen geistlicher Diener, Einrichtungen und Veränderungen der Pfarreyen, so wie auch Ordens-Profeßionen betreffen [40]). Besonders

4) Ehesachen, insofern der Streit nicht das Vermögen der Ehegatten, sondern das Band der Ehe selbst betrift. Dahin gehört, wenn über Eheverlöbnisse [41]), ferner über die Gültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe, desgleichen über Ehescheidungen gestritten wird [42]). Der Hauptgrund, den die catholische Kirche zur begründung des geistlichen Gerichtsstandes für Ehesachen daher nimmt, daß die Ehe ein Sakrament sey, wird zwar von den Protestanten nicht angenommen. Sie halten sich auch in Beurtheilung dieser Sachen nicht an die katholischen Kirchengesetze, sondern an die Vorschriften der Bibel, und die evangelischen Kirchenordnungen des Landes. Aber in sofern denn doch auch diese Sachen bey uns Protestanten aus geistlichen

Ent-

40) Malblank a. a. O. Sartori a. a. O. §. 1369. 1370. u. 1373. u. Pütters Rechtsfälle 1. Band Resp. XVI. nr. 50.

41) Bey den Katholiken gehören nur Sponsalia de praesenti hierher, denn nur diesen ist die Eigenschaft des Sakraments beygelegt. Sponsalia de futuro rechnen sie zu den causis ecclesiasticis, *quae spiritualibus tantum sunt annexae.* S. *Ant.* SCHMIDT Institut. iuris eccles. Tom. I. §. 241. und *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 205. seqq.

42) *Cap. 3. X. de ord. cognit. c. 7. X. qui filii sint legitim. cap. 16. X. de officio et pot. iud. deleg.* Ge. *Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 341. MALBLANC Conspect. §. 121. nr. 3.

Entscheidungsquellen zu beurtheilen sind, so gehören sie auch bey uns ordentlicher [43]) Weise vor die geistlichen Gerichte [44]).

Soviel hiernächst die gemischt geistlichen Rechtssachen anbetrift, so gehören dahin

1) Streitigkeiten über Kirchengüter, Kirchenzehnden und andern Revenüen der Kirche, so wie auch über deren Verwaltung und Verwendung [45]); ferner über legata pia [46]).

2) Streitigkeiten über die Gränzen der geistlichen Gerichtsbarkeit, und deren Beeinträchtigung [47]).

3) Patronatssachen [48]).

4) Begräbnißsachen [49]).

5) Sa-

43) BOEHMERI cit. Princip. §. 343.

44) Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- und Fürstenrechts 2. Band S. 150. f.

45) MALBLANC cit. Conspect. pag. 233.

46) *Ge. Lud.* BOEHMERI Observation. iuris canon. Obs. IV. §. 9. *van* ESPEN ius eccles. univ. Tom. IV. P. III. Tit. II. cap. 2.

47) Zur Erläuterung kann dienen das Püttersche Responsum in Sachen des Hrn. Burggrafen von Kirchberg gegen Sachsen Weimar und Eisenach, die Consistorialrechte in der Herrschaft Farnrode betreffend, in Desselben auserlesenen Rechtsfällen 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLXIV.

48) Cap. 3. X. *de iudic.* Malblanks Anleitung a. a. O. S. 213.

49) Auch der Streit über die Versagung oder Gestattung eines kirchlichen Begräbnisses gehört vor die geistlichen Gerichte, wie *I. H.* BOEHMER in iure eccles. Protest. T. II. Lib. III. Tit. 28. §. 37. et 38. zeigt.

5) Sachen, welche heilige Oerter, z. E. Kirchhöfe, Gottesäcker, Klöster, desgleichen welche milde Stiftungen betreffen [50]).

6) Verbrechen gegen die Kirchengesetze, (*delicta mere ecclesiastica*) [51]), z. B. Simonie.

Bey diesen objectiv geistlichen Rechtssachen kommt es nun zwar nicht darauf an, ob die Personen, welche sie betreffen, geistliche oder weltliche sind [52]); es muß jedoch in solchen Sachen der vorliegende Streit aus dem canonischen Rechte oder andern als gültig anerkannten Kirchengesetzen d. i. solchen, welche vermöge der Kirchengewalt gegeben, oder von derselben als geistliche Entscheidungsquellen, wie z. B. die Bibel, angenommen sind, entschieden werden können [53]). Wenn also solche Sachen, die kirchliche Gegenstände betreffen, aus weltlichen Gesetzen des Staats, z. B. den teutschen Reichsgesetzen, oder dem Römischen Rechte, entschieden werden müssen, so steht den weltlichen Gerichten die Gerichtsbarkeit in solchen Sachen zu [54]). Daher sind z. B. die höchsten Reichsgerichte, welchen

50) HEDDERICH Elem. iur. canon. P. II. §. 137. und *Bened.* OBERHAUSER Praelection. canon. iuxta titulos Decretal. Lib. II. Tit. 1. §. 13. MALBLANC in Consp. §. 121. nr. II.

51) HEDDERICH P. IV. §. 64. BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 858. besonders Eichmann in den Erläuterungen des bürg. Rechts S. 211. ff.

52) *Cap.* 2. *X. de iudic. Cap.* 8. *X. de arbitris. Cap.* 3. *X. de ord. cognit.*

53) BOEHMER in Princip. cit. §. 240. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Deutschland §. 109.

54) S. BOEHMER c. l. Schnaubert a. a. O. S. 103.

welchen doch keine geistliche Gerichtsbarkeit zusteht, dennoch in solchen Sachen, welche Religionsbeschwerden betreffen, sofern sie aus dem Westphälischen Frieden, oder den Concordaten der teutschen Nation ihre Entscheidung erhalten, zu erkennen befugt [55]). Ferner wenn über das Eigenthum gewisser Güter gestritten wird, welche die Kirche wider einen weltlichen Besitzer in Anspruch nimmt, so gehört die Sache vor die weltlichen Gerichte [56]).

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß der oben angegebene Unterschied zwischen pur geistlichen, und gemischt geistlichen Rechtssachen in einer doppelten Rücksicht von Bedeutung ist. Nämlich erstens in dem Falle, wenn Unterthanen in einem Lande vermöge des Zustandes im Entscheidjahre 1624. einen geistlichen Richter einer andern Religion, als welcher sie zugethan sind, anerkennen müssen. Hier soll die fremde geistliche Gerichtsbarkeit nach der Vorschrift des Westphälischen Friedens [57]) nur blos in Ansehung solcher kirch-

55) *Instr. Pac. Osnabr. Art. V. §. 54.* Jüngster Reichsabsch. §. 124. u. 193. Man vergl. über diese Stellen Pütters auserlesene Rechtsfälle 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLXIV. §. 14. S. 253. und Malblanks Anleitung zur Kenntniß der teutschen Reichs- und Provinzial-Gerichtsverfassung 4. Th. §. 55. ff.

56) S. *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1105. PUFENDORFF Observat. iuris univ. T. III. Obs. 97. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. can. §. 241. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 122.

57) *Instrum. Pac. Osnabr. Art. V. §. 48.* — Catholicorum Aug. Conf. addicti status provinciales et subditi, qui anno 1624. ecclesiasticam iurisdictionem agnoverunt, in iis casibus, modo dictae

kirchlicher Rechtssachen Statt haben, welche auf keine Weise die Religion selbst und unmittelbar betreffen, in Ansehung dieser Gattung von Sachen aber schlechterdings eingestellt und aufgehoben seyn. Zum andern ist der Unterschied inter causas ecclesiasticas intrinsece, und accessorie s. propter nexum spirituales auch darum wichtig, weil nur in Ansehung der letztern Gattung von Sachen in possessorio ein weltlicher Gerichtsstand begründet werden kann, wenn gleich das Petitorium auch in diesen Sachen immer vor ein geistliches Gericht gehört[58]). Daher wird z. B. von Patronats-

und

dictae iurisdictioni subsint, *qui Augustanam Confessionem nullatenus concernunt*, modo ipsis occasione processus nihil iniungatur, Augustanae Confessioni vel Conscientiae repugnans. Eodem etiam iure Augustanae Confessionis Magistratuum Catholici subditi censeantur, inque hos ius dioecesanum, quatenus Episcopi illud dicto anno quiete in eos exercuerunt, salvum esto. Diese Stelle erhält ihr Licht aus dem Religionsfrieden vom Jahr 1555. §. 20. worinn es unter andern heißt: Aber in andern Sachen und Fällen, der Augspurgischen Confession Religion, Glauben, Kirchengebräuche, Ordnungen, Ceremonien und Bestellung der Ministerien nicht anlangend, soll und mag die geistliche Jurisdiction durch die Ertzbischöf, Bischöf, und andere Prälaten, wie deren Exercitium an einem jeden Orte hergebracht, und sie deren in Uebung, Gebrauch, und Possession sind, hinführo wie bisher unverhindert exercirt, geübt und gebraucht werden. S. Schnauberts Beyträge zum teutschen Staats- und Kirchenrecht. 1. Th. S. 36. folgg.

58) Man vergleiche hier vorzüglich ALTESERRA in Vindiciis iurisdictionis ecclesiasticae. Lib. III. cap. 8. et 9. und *van*

ESPEN

und Zehend, Streitigkeiten durchgängig behauptet, daß solche zwar in petitorio nur bey geistlichen Gerichten, in possessorio aber auch allenfalls bey weltlichen Gerichten erörtert werden können[59]). Wodurch jedoch, wie einige irrig dafür gehalten haben, die Gerichtsbarkeit des geistlichen Richters in possessorio keinesweges ausgeschlossen wird[60]), indem vielmehr in einem solchen Falle dem Kläger die Wahl zusteht, den Beklagten entweder vor dem geistlichen oder weltlichen Forum zu belangen[61]). Dahingegen kann nun in causis mere ecclesiasticis s. intrinsece spiritualibus nimmermehr weder das Possessorium noch Petitorium anders als an den geistlichen Gerichtsstand gebracht werden[62]); wenn nicht etwa von bloßen quaestionibus facti, die z. B. bey einer puren Civilsache incidenter

ESPEN in Iure Eccles. universo. Tom. IV. P. III. Tit. II. Cap. 4.

59) Man sehe davon vorzüglich nach GAILL Lib. I. Obs. 38. und ALTESERRA Lib. VI. cap. 4.

60) *Cap. 1. X. de causa possessionis et proprietatis.* S. ALTESERRA Lib. III. cap. 8. und Lobethan in der Lehre von der Gerichtsbarkeit. 2. Th. 2. Absch. §. 3. S. 148.

61) *de* CRAMER in Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 282. Nur auf den Fall kann jedoch dieß nicht ausgedehnt werden, wenn der Beklagte geistlichen Standes ist, weil hier die Competenz des geistlichen Gerichts sowohl durch die Eigenschaft der Sache, als durch die Person begründet wird. S. Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen St. und F. Rechts. 2. B. S. 157. und Eichmanns Erklärungen des bürg. R. 5. Th. S. 222.

62) Pütter in den Rechtsfällen 3. Bandes 1. Th. Resp. CCLXIV. §. 17. S. 254.

ter entstehen können, die Rede seyn sollte, über welche sodann auch der weltliche Richter unstreitig urtheilen kann[63]), Z. B. wenn bey Gelegenheit einer Erbschaftsklage die bloße quaestio facti entsteht, ob der Verstorbene wirklich verheyrathet gewesen sey, so kann der weltliche Richter, vor welchem der Proceß schwebt, allerdings auf den Beweis erkennen, und diesen Incidentpunct entscheiden. Dahingegen, wenn die Frage über die Gültigkeit einer Ehe, und die davon abhängende rechtmäsige Geburt eines Kindes entsteht, die Erörterung derselben nach ausdrücklicher Vorschrift des canonischen Rechts[64]) vor das geistliche Forum gehören soll.

Ich schließe diese intrikate Materie mit der Bemerkung, daß nach der meisten protestantischen Rechtslehrer Meinung, wie auch nach hin und wieder eingeführtem Gebrauche, nicht für unumgänglich nöthig gehalten wird, zur Ausübung der geistlichen Obrigkeitsrechte nebst weltlichen auch geistliche Personen zuzuziehen, mithin aus geist- und weltlichen zusammengesetzte Consistorien anzuordnen; sondern daß diese auch aus blos weltlichen Personen bestehen, oder auch geistliche Sachen schlechterdings vor solchen obrigkeitlichen Collegien, für die auch weltliche Rechtssachen

63) *van* ESPEN in iur. eccl. universo. T. IV. P. III. Tit. II. Cap. I. §. 23. sqq.

64) *Cap. 3. X. de ordine cognition. Cap. 5. et 7. X. Qui filii sint legitimi.* *van* ESPEN cit. loc. §. 12. sqq. *Iust. Henn.* BOEHMER Ius eccles. Protest. Lib. II. Tit. 2. §. 27. Ge. *Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 402. BACHMANN Pr. de iudice causar. matrimonial. *Erford. 1788.* Man sehe jedoch Eichmanns Erklärungen 5. Th. S. 246. ff.

sachen gehören, verhandelt werden können. Wodurch jedoch der Unterschied zwischen geist- und weltlichen Rechtssachen keinesweges aufgehoben wird[65]).

§. 197.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die ordentliche und ausserordentliche. Begriff und verschiedene Arten der delegirten oder commissarischen Richter.

Die Gerichtsbarkeit wird ferner, wenn wir auf den Umfang derselben sehen, in die ordentliche und die außerordentliche oder delegirte eingetheilt. Ist nämlich die Gerichtsbarkeit Jemanden überhaupt d. i. auf eine solche Art ertheilt worden, daß sie der Regel nach in allen und jeden Rechtssachen, welche in dem angewiesenen Gerichtsbezirke vorkommen, oder in einer gewissen Art von Sachen ordentlicher Weise ausgeübt werden soll, so wird sie die ordentliche genennt. Ist sie aber Jemanden bloß ausser der Ordnung in Rücksicht gewisser einzelner Sachen oder Personen vom Regenten selbst, oder wer sonst im Namen desselben dazu befugt ist, zur Ausübung aufgetragen worden, so wird sie die außerordentliche[66]) oder delegir-

65) Man vergleiche *Iust. Henn.* BOEHMERI Ius eccles. Protestant. Tom. I. Lib. I. Tit. XXVIII. §. 30 – 36. pag. 630. sqq. Pütters Rechtsfälle 1. Bandes 1. Th. Resp. XVII. n. 19. S. 215. und *Io. Tob.* RICHTERI selectiora iuris principia, Disput. III. (*Lipsiae 1748.*) §. 7.

66) Im römischen Rechte und bey den Klassikern hat der Ausdruck *extra ordinem ius dicere* eine ausgedehntere Bedeutung. Es wird damit alles bezeichnet, was von der ordentlichen Rechtsform oder der gemeinen Gerichtsordnung abwich. Was hin-

legirte Gerichtsbarkeit [67]). Diejenigen, welchen außer der Ordnung die Gerichtsbarkeit in einer gewissen Rechtssache übertragen worden ist, heißen im römischen Rechte *Delegati* s. *Vicarii Principis*, auch *sacri cognitores* [68]), im

gegen derselben gemäß war, hieß *ordinarium ius*. L. 13. C. de Rei Vindicat. GEBAUER Diss. de iurisdictione sec. doctr. Romanor. Cap. I. §. 11. So gab es römische Magistratus, welche *extra ordinem* bestellt waren; z. B. der Praefectus annonae und Praefectus vigilum. *L.* 2. §. 33. *D. de orig. iur.* Diese meint ohne Zweifel Ulpian, wenn er *L.* 7. §. 2. *D. de offic. proc.* sagt: Cum plenissimam iurisdictionem Proconsul habeat, omnium partes, qui Romae vel quasi Magistratus, vel *extra ordinem ius dicunt*, ad ipsum pertinent. S. *Aug.* CAMPIANI de officio et potestate magistrat. Romanor. pag. 314. Dahin gehören auch die Commissarien, dergleichen die römischen Kaiser zuweilen zur Untersuchung und Entscheidung streitiger Rechtssachen bestellten. S. SUETONIUS in vita *Vespasiani* cap. 10. Aber auch die ordentlichen Magistratus sprachen zuweilen *extra ordinem* Recht, wenn sie in Sachen, die sonst ordinarii iuris waren, keinen iudex pedaneus bestellten. *L.* 2. *pr. D. Ex quib. caus. maiores. L.* 24. §. *ult. D. de minorib. Ant.* FABER in Rational. ad L. 2. D. cit. Andere rechnen noch zur *iurisdictio extraordinaria* im röm. Sinn, was ein röm. Magistrat nicht von Amtswegen, sondern nur vermöge einer besondern gesetzlichen Concession zu thun berechtiget war. S. MALBLANC Conspect. rei iudiciar. §. 65.

67) Vid. *Volkard.* MEYERI Diss. de iurisdictione delegata eiusque a mandata differentiis. *Marburgi 1783.* et STRYK Disp. de delegato principis. *Frfti 1686.*

68) *L. un. C. qui pro sua iurisdict. iudices dare darive poss. L.* 5. *Cod. de fruct. et lit. exp. L.* 32. §. 4. *C. de appellat. L.* 3. *C. ubi senator. vel clariss. civilit. vel crim. conven.*

im canonischen Rechte *iudices delegati* [69]), heutiges Tages aber Commissarien [70]), oder commissarische Richter. Man hüte sich jedoch die Rechte der heutigen Commissarien nur aus den römischen oder canonischen Rechten herzuleiten [71]). Die römischen Delegati principis hielten ihre Executoren und Apparitoren [72]), hatten

69) Vid. Tit. Decretal. *de officio et potestate iudicis delegati.* (Lib. I. Tit. 29.) et ad eundem ENGEL in Collegio univ. iuris canonici, RIEGGER in Institutionib. iurisprud. eccles. P. II. §. 487. sqq.

70) Unter den ältern Schriftstellern ist zwar *Rutgerus* RULANT in Tract. de Commissariis et commissionibus camerae imp. *Frfti ad Moen. 1724.* f. der bekannteste. Allein das viele unnütze Zeug, was man in diesem Werke lieset, z. B. wenn er die Eigenschaften eines Commissars nach seiner Leibesbeschaffenheit, untern und obern Seelenkräften durchgeht, ferner die beständige und höchst ungeschickte Vermischung der delegirten Richter und Mandatarien vermindern den Werth desselben sehr. Mehr Empfehlung verdienen in dieser Materie *Io. Ge.* ENGELHARDT Diss. de commissionibus. *Bambergae 1774. Io. Dan. Heinr.* MUSAEUS de iure commissionum, quae in concursu illustrium solent constitui. *Goettingae 1774.* besonders Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 54. ff. und Gönner im Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 1. B. Nr. I. §. 9. ff. und 4. B. Nr. LXXIV.

71) Schon Wernher schreibt in seinen Observat. for. T. II. P. X. Obs. 375. *Mirum est, quam incerta et turbida sint, quae vulgo Doctores de hodiernis Commissariis, eorumque potestate tradunt. Praecipua confusionis origo ex eo repetenda est, quod eos ad modulum mandatariorum iurisdictionis secundum ius civile, aut delegatorum papalium iuxta ius canonicum metiri soleant, a quibus utrisque tamen multis modis differunt.*

72) *L. 5. C. de fruct. et lit. exp.*

daneben ihre Beysitzer[73]), und konnten einen andern substituiren[74]). Auch einem Delegato Papali steht nach canonischen Rechten ein Vollstreckungs- und Subdelegationsrecht zu[75]), welche Befugniß aber den heutigen Commissarien nicht schlechthin eingeräumt werden kann[76]). Es sind auch heutiges Tages nicht alle Commissarien iudices delegati, indem häufig Commissarien für solche Sachen bestellt zu werden pflegen, welche keine Justizsachen sind[77]). Da indessen die zu Justizsachen verordneten Commissarien in der That iudices delegati sind, so hat man, wie auch Schilter bemerkt[78]), wenigstens die Hauptgrundsätze aus dem canonischen Rechte, so weit sie anwendbar sind, beybehalten, obwohl freylich bey der Anwendung derselben überall mit Vorsichtigkeit zu Werke zu gehen ist. Der Grund der delegirten Gerichtsbarkeit ist nun ein von dem Oberherrn ertheilter Auftrag, welcher heut zu Tage eine Commission genennt wird. Diese Commission ist zwar meisten-

73) *Nov. LX. cap. 2.*

74) *L. un. Cod. qui pro ſua iurisd. iudic. dare darive poſſ. L. 5. Cod. de iudic.* CUJACIUS Obſervat. lib. XII. c. 1. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digeſt. h. t. §. 6.

75) *Cap. 26. X. de off. et pot. iud. del. Cap. 28. X. eodem.*

76) WERNHER cit. loc.

77) Vid. LYNCKER Diſſ. de commiſſario caeſareo ad negotia ſtatus, et ad negotia iuſtitiae. *I. H.* BOEHMER in Iur. eccleſ. Proteſt. T. I. Lib. I. Tit. XXIX. §. 8.

78) in Praxi Iur. Rom. in foro germ. Exercit. V. §. 22. in fine; wo es heißt: *Quamobrem de iure hodierno Commiſſariorum non tam ex iure Romano, quam ex moribus et iure canonico de iudice delegato iudicandum videtur.*

meistentheils nur eine zeitige, welche sich nach vollzogenem Auftrage endiget; sie kann aber auch zuweilen eine beständige seyn, wenn der Oberherr jemand in gewissen bestimmten Sachen, deren Cognition eigentlich für ihn, oder desselben höchstes Landesjustiz-Collegium gehört hätte, durch ein allgemeines Gesetz ein für allemal die Gerichtsbarkeit überträgt, welche dieser commissarische Richter vi delegationis perpetuae entweder zu gewissen Zeiten, oder so oft sich dergleichen Sachen ereignen, auszuüben befugt seyn soll. Hieraus entsteht die Eintheilung der Commissarien, daß sie entweder *temporarii* oder *perpetui* sind. So z. B. steht es in den preuß. Staaten [79]) in Ansehung der königlichen Bedienten niedern Ranges den Obergerichten, unter Genehmigung der vorgesetzten Behörde, frey, den gewöhnlichen Gerichten jeden Orts die Gerichtsbarkeit über sie in allen ihren Dienst nicht betreffenden Rechtsangelegenheiten ein für allemal zu übertragen; insofern dieses nicht durch allgemeine Verordnungen, wie z. B. in Ansehung der Postillions und geringern Forstbedienten bereits geschehen ist. So haben ferner in Chursachsen dergleichen perpetuirliche Commissionen die Beamten und Stadträthe über dimittirte und reducirte Oberofficiere und deren Familie [80]); insonderheit ist, vermöge eines Churfürstlich sächsischen Mandats [81]) dem Kreisamtmann und dem Stadtrathe zu Leipzig wegen derjenigen, welche in dem Churfürstenthume auch inkorporirten

79) Allgem. Gerichtsordn. für die Preuß. Staaten. 1. Th. 2. Tit. §. 58.

80) Generale vom 7. May 1756. in Cod. Aug. Tom. I. pag. 1217.

81) vom 6. Sept. 1718. in Cod. Aug. Tom. II. pag. 2079.

und andern Landen schriftsäßige Güter besitzen, oder sonst wegen ihrer auf sich habenden Chargen für schriftsäßig zu achten, wenn sie zur Meßzeit nach Leipzig kommen, ohne Unterschied der Person, zum Verfahren nach Wechselrecht eine perpetuirliche Commission aufgetragen worden. Und wem ist nicht aus dem canonischen Rechte der beständige Auftrag des Apostolischen Stuhls bekannt, vermöge dessen die teutschen Bischöffe die geistliche Gerichtsbarkeit in Sachen, welche die exemten Mönche und Religiosen betreffen, in ihren Diöcesen ausüben [82])? Commissarien können endlich entweder zu einer ganzen Sache, (*ad totam causam*) das ist, zu allen zu der Justizsache, welche ihnen aufgetragen worden, gehörigen Geschäften, oder zu diesem oder jenem dabey vorkommenden einzelnen Geschäfte ernannt werden, z. B. zur Einnehmung eines Augenscheins, zu einer Abhörung der Zeugen, zu Verrichtung der Execution u. d.

§. 198.

Wer kann Justiz-Commissionen erkennen, und in welchen Fällen werden sie angeordnet? Wer trägt die Unkosten?

Das Recht, Commissionen in einzelnen Rechtssachen zu deren Untersuchung und Entscheidung anzuordnen, kommt

82) So ist wenigstens der Exemtionsstreit im Tridentinischen Concilium Sess. VI. de Reformat. c. 3. Sess. XIV. c. 4. XXIII. 15. XXIV. 11. XXV. c. 4. 6. 12. et 14. beygelegt worden. Allein man sehe die zu Wezlar 1791. erschienene sehr gründliche Abhandlung über die sogenannten Exemtionsprivilegien der Geistlichen von der bischöflichen Gerichtsbarkeit, in wie fern sie nach den Reichsgesetzen gegründet seyn, und rechtliche Rücksicht verdienen. 8.

kommt nur dem Regenten zu, welcher die Quelle der Gerichtsbarkeit ist [83]). Dieser ist in weltlichen Sachen der reichsunmittelbaren Personen in Teutschland der Kaiser, in Sachen der Mittelbaren aber der Landesherr. Denn höchsten Reichsgerichten und hohen Landesjustiz-Collegien steht das Recht Commissionen zu ganzen Sachen anzuordnen nur insofern zu, als es ihnen von dem Oberhaupte des Staats ausdrücklich oder stillschweigend ist eingeräumt worden [84]). Die von den höchsten Reichsgerichten zu einer ganzen Sache ernannten Commissionen enthalten daher nur den Auftrag, die Sache nach der reichsgerichtlichen Vorschrift zu untersuchen, und demnächst nach vollendetem Verfahren die Acten mit Bericht dem committirenden Gericht einzuschicken [85]). Die Entscheidung selbst kann hingegen solchen Commissionen in der Regel nicht aufgetragen werden [86]). Unter dieser Einschränkung steht dem Reichskammergerichte heut zu Tage eben so gut, wie dem Reichshofrathe, das Recht zu, Commissionen zu ernennen [87]). Unter-

 gerichte

83) MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 77. Nr. I. p. 149. Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses. 4. Band. Nr. LXXIV. §. 2. Nr. 1. S. 86. (der zweyten verb. Aufl. Erlangen 1805.)

84) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß. 1. Th. §. 56. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts. 5. Th. S. 331. ff. und S. 337. ff.

85) v. Hanzely Anleitung zur neuesten R. H. R. Praxis §. 1377. Günth. Heinr. v. Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis §. 181.

86) I. P. O. Art. V. §. 51. R. Hofr. Ordn. Tit. 2. §. 6. 7. K. Wahlcapitulat. Art. XVIII. §. 5.

87) *Ge. Christ. Frid.* SEILER Vindiciae potestatis camerae imp. supremae decernendi commissiones ad totam causam. *Erlangae* 1793.

gerichte können nie zu einer ganzen Sache Commissionen erkennen, sondern nur zu einzelnen Handlungen deputiren[88]). In kirchlichen Rechtssachen Commissarien zu bestellen, ist ein Recht des Obern, welchem die Kirchengewalt zukommt[89]). Den Consistorien und geistlichen Gerichten steht hingegen diese Befugniß in der Regel nicht zu[90]. Wofern nicht etwa nur von solchen Commissionen die Rede wäre, welche blos einzelne Handlungen eines gerichtlichen Rechtsstreits betreffen. Denn diese können auch obere Gerichte und Landescollegien erkennen. Wir wollen hier nur bey den Justizcommissionen in Civilsachen stehen bleiben. Diese sind entweder kaiserliche, oder landesherrliche Commissionen.

Erstere können anders nicht erkannt werden, als wenn die Sache an sich vor eines der höchsten Reichsgerichte gehört, und daselbst wegen vorhandener Schwierigkeiten processu ordinario nicht verhandelt werden kann[91]). Es darf daher durch solche Commissionen so wenig den Rechten der erstern Instanz als den privilegiis de non appellando zu nahe getreten werden. Es ist auch bey der Ernennung der

1793. MALBLANC Conspect. §. 246. Reuß Staatscanzley Th. XV. S. 361. f.

88) Claproths Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 56. Grollmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 137. Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Processes §. 223.

89) *Cap. 1. 3. 21. 41. X. de offic. et potest. iud. delegati. Cap. 4. eod. in 6to. Franc.* FLORENTIS opera iurid. T. II. p. 197. sqq.

90) G. L. BOEHMERI Princip. iuris canonici §. 246.

91) MALBLANC Conspect. §. 248.

der kaiserlichen Commissarien auf Religionsgleichheit Rücksicht zu nehmen [92]). Von diesen kaiserlichen sowohl Untersuchungs- als Executions-Commissionen hat Johann Jacob Moser sehr ausführlich gehandelt [93]).

Landesherrliche Justizcommissionen sind ebenfalls nur als Ausnahmen von der Regel zu betrachten, und daher ohne einen besondern rechtlichen Grund nicht zu ernennen [94]). Zwar findet die Ernennung einer Commission kein Bedenken, wenn beyde Partheyen den Landesherrn darum bitten, insofern derselben Recht, ihre Sachen schiedsrichterlich beylegen zu lassen, nicht beschränkt ist. Wenn hingegen streitige Rechtssachen auf das Ansuchen einer Parthey oder aus eigenem Antriebe vom Landesherrn den ordentlichen Gerichten entzogen, und zur Entscheidung einer besondern Commission übertragen werden sollen, so findet die Frage, ob dieses dem Geiste der teutschen Reichsgrundgesetze entspre-

92) Westph. Friede Art. V. §. 51. Wahlcapit. Art. XVIII. §. 5.

93) Einleitung zu dem Reichshofrathsproceß 1. Th. S. 345—644. und 2. Th. S. 159. u. folgg. Diesem ist beyzufügen *Christ. Gottl.* BUDERI Diss. de commissario imperiali in causis feudalibus. *Ienae 1743.*

94) Hier verdienen vorzüglich nachgesehen zu werden Jacob Gottl. Siebers Abhandlung von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherrn selbst Recht zu sprechen. 2. Buch 1. Hauptst. 4. Abth. 1. Abschn. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 1. Th. 1. Abh. §. 9. folgg. S. 22. ff. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts 5. Th. S. 344. ff. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 78.

che, grössere Bedenklichkeiten. Denn befiehlt einmal der jüngste Reichsabschied[95]), daß alle Gerichte in den teutschen Ländern so bestellt seyn sollen, daß niemand sich zu beschweren Ursach habe, als ob man sich bey ihnen in wichtigen Sachen einer gleichmäßigen Billigkeit und unpartheyischen Justiz nicht zu versehen habe; so leuchtet hieraus nur allzu klar die Absicht hervor, daß jeder bey seinen ordentlichen Gerichten belassen werden solle; und es steht diese Verordnung den Commissionen um so mehr im Wege, je mehr sie von der bestimmten Ordnung, die Sachen vor den ordentlichen Landesgerichten zu verhandeln, abweichen; nicht zu gedenken, daß der Landesherr das Ansehen und Vertranen seiner Staatsdiener, an dessen Erhaltung ihm doch vorzüglich gelegen seyn muß, schwächen, und mit sich selbst im Widerspruch stehen würde, wenn er ohne besondern rechtlichen Grund bürgerliche Rechtshändel mit Umgehung der ordentlichen Gerichte besondern Commissionen übertragen wollte.

Der Landesherr kann daher aus eigener Bewegung eine Commission nicht anders rechtmäßig anordnen, als wenn entweder die Rechtssache so geeigenschaftet ist, daß sie von dem ordentlichen Richter nicht füglich erörtert werden kann, oder wenn die Wohlfahrt des Staats eine schleunige und außerordentliche Behandlung einer Sache, z. E. im Falle eines begangenen Verbrechens, nothwendig oder doch räthlich macht; oder wenn der ordentliche Richter an der Ausübung der Gerichtsbarkeit in einer Sache gehindert ist; oder wenn ein ganzes Landesdikasterium aus rechtmäßigen Ursachen recusirt wird, in welchem Falle der

95) §. 108. et 109.

der Landesherr ein anderes Gericht per modum commissionis, zur Entscheidung der Sache bevollmächtigen kann[96]); oder die öffentliche Wohlfahrt des Staats die Ernennung einer Commission nothwendig macht. Eben so wenig darf auch blos auf das Verlangen der einen Parthey wider den Willen der andern eine Commission ernannt werden, wenn nicht ein ausserordentlicher und rechtmäßiger Grund hierzu vorhanden ist. Denn niemand kann wider seinen Willen von seinem gehörigen Gerichsstande vor ein ausserordentliches Gericht gezogen werden[97]). Eine solche rechtmäßige Ursache wäre z. B. wenn der ordentliche Richter verdächtig ist, und mit der andern Parthey in solchen Verhältnissen steht, daß man ein ungerechtes Urtheil mit Grunde befürchten muß u. d. m. Ausserdem hat der Gegentheil die Befugniß, erstlich sich überhaupt der commissarischen Untersuchung zu widersetzen, wenn der Fall nämlich so beschaffen ist, daß überall keine Commission erkannt werden könnte, und dann auch zweytens sich den ernannten Commissarius aus anzuführenden Gründen zu verbitten[98]). Ueber die Ursachen der Verbittung kann jedoch der ernannte Commissarius, ohne Nichtigkeit zu begehen, nicht urtheilen; sondern diese müssen bey dem Committenten angezeigt, und beschei-

96) S. BOEHMER in iur. eccles. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 29. §. 16. Hoffmann teutsche Reichspraxis 2. Th. §. 1200. Claproth ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 55. Gönner im Handbuch a. a. O. §. 12. S. 29.

97) STRYK Introduct. ad prax. for. Cap. II. §. 20. 21.

98) Von den Recusationen delegirter Richter handelt sehr gründlich *Franc.* FLORENS in Operib. iurid. Tom. II. pag. 210. edit. LORBER *a* STOERCHEN. *Norimb.* 1756. 4.

bescheiniget werden[99]). Sind mehrere Commissarien mit der Gewalt ernennt, daß einer auch ohne den andern solle verfahren dürfen, und einer von denselben recusirt wird, so kann der andere die angegebene Ursache untersuchen, und, wenn dieselbe gegründet befunden wird, die Hauptsache nun allein vornehmen[100]). Es kann auch der Gegentheil drittens einen Concommissarius erbitten[1]). Wenn in der Sache, weßwegen die Commission ernennt werden soll, entweder schon eine Litispendenz vorhanden ist, oder der ordentliche Richter, dem durch die Ernennung der Commission Eintrag geschehen würde, die Gerichtsbarkeit erb- und eigenthümlich besitzt, so kann nicht einmal mit beyder Partheyen Einwilligung eine Commission verordnet werden, wenn nicht etwa Gründe der öffentlichen Wohlfahrt, oder andere sehr wichtige Ursachen z. E. offenbare Verweigerung oder Verschleifung der Justiz solches unumgänglich nothwendig erfordert[2]).

Die Kosten der Commission trägt der Impetrant, welcher um die Commission nachgesucht hat[3]). Wäre jedoch

99) *Cap. 4. de off. et pot. iud. del. in 6to.* BOEHMER Iur. eccl. Prot. Lib. I. Tit. 29. §. 22.

100) *Cap. 4. cit. Cap. 22. X. de offic. et pot. iud. del. c. 13. X. de Rescript.* BERARDI Commentar. in ius eccles. univ. (*Venet.* 1778. 4.) Tom. I. Diss. II. Cap. IV. pag. 65.

1) *Cap. 39. X. de off. et pot. iud. del.* Claproth a. a. O. §. 59. Hofmann a. a. O. §. 1199.

2) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXVII. med. 4. et 5. Hofmann §. 1201. und besonders CARPZOV in Respons. iuris Lib. II. Respons. 51. nr. 16. sqq.

3) Von den Commissionsunkosten handelt sehr ausführlich Moser im Reichshofrathsproceß. 1. Th. 2te Abhandlung. Kap. 7.

Siehe

doch die Commission entweder aus eigenem Gutbefinden des Committenten, oder auf Ansuchen beyder Partheyen verfügt worden, so müssen beyde Theile die Kosten gemeinschaftlich tragen [4]). Die Executionscommissionen aber ergehen jederzeit auf Kosten dessen, welcher exequiret wird [5]). Der Commissarius darf auch diese Unkosten executivisch beytreiben [6].

§. 199.

Eröfnung der Commission. Verfahren und Gewalt des commissarischen Richters. Erklärung des Commissorials. Appellation gegen Commissionsurtheile.

Wenn nun eine Commission rechtmäßig erkannt worden ist, so ist es zwar in der Regel nicht gewöhnlich, die Commissarien zu den einzelnen Rechtssachen, welche ihnen aufgetragen werden, zu vereidigen [7]), es ist auch nicht nöthig, daß ihnen ein Actuarius an die Seite gesetzt werde [8]), indem es eine bekannte Rechtswahrheit ist, daß einer

Siehe auch BOEHMER Decis. et Consult. T. II. P. II. Resp. 1154. nr. 100.

4) HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4200. Eichmanns Erklärungen 5. Th. S. 370. folg.

5) BOEHMER T. III. P. II. Conf. 17. nr. 8.

6) Moser a. a. O. §. 6.

7) *I. H.* BOEHMER Iur. eccl. Prot. Tom. I. Lib. I. Tit. XXIX. §. 44. Hofmann teutsche Reichspraxis 2. Th. §. 1203. Struben rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 104.

8) BOEHMER a. a. O. behauptet zwar das Gegentheil, allein Struben a. a. O. hat ihn widerlegt. Eine Ausnahme findet jedoch in peinlichen Fällen Statt. S. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses 1. Th. §. 2322.

ner zugleich Richter und Actuarius seyn kann[9]), daher das von einem Commissarius geführte Protocoll vollen Glauben verdient, wenn er auch gleich nicht darauf beeidiget ist[10]); dahingegen bringt es die Natur der Sache mit sich, daß der Commissarius mit dem gehörigen Auftragsschreiben, oder *Commissorium*, versehen seyn, und sich dadurch legitimiren müsse. Denn dieses Commissoriale beglaubiget nicht nur den ihm geschehenen Auftrag, sondern bestimmt auch den Umfang seiner Gewalt. Es muß daher gleich bey Vorladung der Partheyen[11]) nicht nicht nur in Abschrift mitgetheilet[12]), sondern auch dem ordentlichen Richter davon Nachricht gegeben werden[13]), wofern nicht etwa schon der Committent dem Unterrichter ein notificatorisches Rescript über die Anordnung der Commission hätte zugehen lassen[14]). In dem anberaumten Termin aber ist das Original des Auftragsschreibens selbst gehörig

9) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXVII. med. 7.

10) Struben a. a. O. MÜLLER Obs. pract. ad *Leys.* Tom. I. Fasc. II. Obs. 119. Anderer Meinung ist Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. R. 5. Th. S. 382. f.

11) Die Vorladung geschiehet unmittelbar unter der Clausel von Commissionswegen. Die Requisition des ordentlichen Richters ist daher nicht nöthig. WERNHER sel. Observat. for. T. I. P. I. Obs. 233. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. VII. §. 10. Man sehe jedoch Eichmann a. a. O. S. 388.

12) *de* CRAMER in Observat. iur. univ. Tom. II. P. II. Obs. 716.

13) *Cap. 31. X. de offic. et pot. iud. deleg. cap. 24. X. de rescript.* Estors Anfangsgr. des gem. und R. Proc. 1. Th. §. 2308.

14) Eichmann S. 389.

hörig vorzuzeigen, und mit Ablesung desselben die Commission gewöhnlicher Maaßen zu eröfnen [15]). Das übrige Verfahren richtet sich nach der dem Commissarius ertheilten Vorschrift, und der gemeinen Proceßordnung [16]). Denn, daß der Commissionsproceß immer ein summarischer Proceß sey, ist ein ungegründetes Vorurtheil [17]). Der Commissarius darf nun die Gränzen des ihm ertheilten Auftrags nicht überschreiten. Er muß also besonders dahin sehen, daß er nicht weiter gehe, als er nach dem Inhalt seines Commissoriums und einer vernünftigen Erklärung desselben zu gehen befugt ist [18]). Ueberschreitet er die Gränzen seines Auftrags, so handelt er nichtig [19]); es wäre denn, daß das Verfahren des Commissarius von dem Committenten oder derjenigen Parthey, welcher es zum Nachtheil gereicht, genehmiget würde, oder das Versehen desselben blos in der Unterlassung einer ihm auferlegten nothwendigen Handlung bestünde, und diese, der bisherigen

15) Man sehe hier vorzüglich Hofmanns T. Reichspr. 2. Th. §. 1206.

16) *Cap. 13. X. de off. et pot. iud. deleg.* Den ganzen Commissionsproceß hat RULANT in Tr. de Commissariis P. I. Lib. V. am vollständigsten abgehandelt. Von dem Verfahren bey commissarischen Untersuchungen handelt vorzüglich Hr. Hofr. Gönner in dem Handbuche des deutschen gem. Proz. 4. Band Nr. LXXIV. §. 4. folgg. S. 91. folgg.

17) S. Rettelbladts Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit 2. Th. 1. Buch 2. Hauptst. 2. Tit. §. 884.

18) *Cap. 13. X. de off. et pot. iud. del.* Hier ist besonders zu empfehlen RULANT de Commissariis P. I. Lib. III. cap. 2. 3. et 4.

19) *Cap. 22. 32. 37. 40. X. de off. et pot. iud. deleg. Cap. 22. X. de rescript.*

herigen Verhandlung unbeschadet, noch ergänzet werden könnte [20]). Wenn es nun aber gleich an sich allerdings seine Richtigkeit hat, daß ein Commissoriale, welches bestimmt und deutlich abgefaßt ist, keine Ausdehnung leidet [21]), und daher z. B. eine bloß zur Regulirung des Schuldenwesens eines teutschen Reichsstandes verordnete kaiserliche Debitcommission keinesweges auf eigentliche Regierungssachen erstreckt werden darf, sondern selbige nach wie vor in des Reichsstandes Händen in ihrem vorigen Gange ungehindert gelassen werden müssen [22]); oder aber ein Commissarius, welchem Zeugen zu vernehmen, aufgetragen worden, so wenig Urkunden anerkennen zu lassen, als den Augenschein einzunehmen authorisirt ist [23]); so ist den-

20) Man vergleiche hier vorzüglich *I. E. I.* MÜLLER Observat. practicas ad *Leyseri* meditat. ad Digesta T. I. Fasc. II. Observat. 123. pag. 27. sqq. und Eichmanns Erklärungen S. 413. folg.

21) Es folgt dieses auch schon daraus, weil Commissionen eine Art der Bevollmächtigung sind. Nun aber muß jeder Mandatarius die ihm angewiesenen Gränzen genau beobachten. Er handelt nichtig, wenn er mehr thut, als sein Auftrag enthält. *L. 5. pr. D.* u. *L. 12. Cod. mandati.* S. *Tob.* BARTH Dissensuum in praxi occur. Centur. VII. diss. 615.

22) Pütters Rechtsfälle 3. Bandes 3. Th. Resp. CCLXXIX. S. 622. ff.

23) Hofmanns T. Reichspraxis 2. Th. §. 1209. BARTH cit. l. pag. 77. Estors Anfangsgr. des gemeinen und R. Processes 1. Th. §. 2316. LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. 28. coroll. 1. Es muß jedoch billig der Fall ausgenommen werden, da die Aussagen der Zeugen die Einnehmung des Augenscheins nothwendig erfordern. S. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 125.

dennoch alles dasjenige ohne Zweifel ebenfalls für aufgetragen zu halten, was die Natur und die Beschaffenheit der ihm aufgetragenen Sache mit sich bringt, oder auch sonst mit der Commission in einer natürlichen Verbindung steht, und gleichsam als Mittel zum Zweck anzusehen ist, wenn auch gleich solches nicht ausdrücklich in dem Commissoriale enthalten seyn sollte [24]). Ein Commissarius kann daher nicht nur die Partheyen vorladen, sondern auch deren Ungehorsam bestrafen [25]). Darf über die erhobenen Nutzungen, Zinsen, das Interesse und die Kosten sprechen [26]). Kann, wenn er auch nur des Possessoriums halber gegeben ist, dennoch, sofern das Petitorium liquid seyn sollte, auch darinn erkennen [27]). Ist er zur Untersuchung einer Sache verordnet, so darf er auch Zeugen vorladen und sie abhören, wenn sie gleich einen befreyeten Gerichtsstand haben sollten;

24) S. RULANT P. I. Lib. III. cap. 3. RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 494. Hofmann §. 1210. Grollmanns Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 137. S. 260.

25) *Cap. 5. X. de offic. et pot. iud. deleg.* GAILL Lib. I. Obs. 35. nr. 9.

26) HARPPRECHT Vol. novo Consil. XXVII. nr. 31.

27) GAILL Lib. I. Obs. 35. nr. 11. *Frustra enim de possessione contenditur, et ius dicitur,* sagt MEVIUS Tom. II. P. VI. Dec. 100. *ubi de petitorio liquida res est. Tunc enim petitorium absorbet possessorium. Et potest non modo, sed etiam debet iudex super evidenti petitorio ius dicere, etsi tantum super possessorio lis et conclusum fuerit; immo etsi libellus unice comprehenderit, et de se non intromittendo in petitorium protestatio multiplex accesserit.*

ten[28]); und wenn ihm die ganze Sache aufgetragen worden ist, so ist kein Zweifel, daß er auch das von ihm eröfnete rechtskräftige Urtheil vollstrecken könne[29]). Ob bey einem Commissarius eine Wiederklage angebracht werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Einige[30]) wollen sie nur dann zulassen, wenn die Commission auf Ansuchen beyder Partheyen, oder wenigstens des Klägers erkannt worden ist; dahingegen wollen sie solche in dem Falle für unzuläßig halten, da die Commission aus eigner Bewegung oder bloß auf Ansuchen des Beklagten angeordnet worden ist. Andere[31]) hingegen behaupten, daß die Wiederklage nur insofern bey der Commission angestellt werden könne, als sie mit der Vorklage in einerley Schriften und Urtheilen verhandelt wird, oder letztere ohne die erstere nicht füglich erörtert werden kann. Dahingegen gehöre die Wiederklage nicht vor den Commissär, wenn ihm namentlich

28) *Herm. Henr. ab* ENGELBRECHT Observat. select. forens. Specim. I. Observat. 13.

29) Ex eo enim, heißt es im *cap. 5. X. de off. et pot. iud. del.* quod causa cuidam simpliciter committitur, super omnibus, QUAE AD CAUSAM IPSAM SPECTARE NOSCUNTUR, plenariam recipit potestatem; und in *cap. 28. X. eodem* wird noch der Grund hinzugefügt: iurisdictio illa (sc. delegata) nullius videretur momenti, si coercitionem aliquam non haberet. S. BOEHMER iur. eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 29. §. 37. et 38. und *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 248. Estor Anfangsgründe des gem. und R. Proc. 1. Th. §. 2321.

30) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXIII. medit. 1. seq. Hofmanns T. R. Praxis 1. Th. §. 1102.

31) Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. R. 5. Th. S. 398. folg.

lich nur die Conventions- oder Vorklagesache aufgetragen worden ist. Allein richtiger ist wohl die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche bey dem Commissär die Anbringung einer Wiederklage zulassen, sobald sie bey dem ordentlichen Gericht Statt gefunden hätte, in dessen Stelle eine Commission eintrat [32]). Tritt jedoch irgend ein gegründetes Bedenken ein, so ist es am rathsamsten, desfalls an den Committenten Bericht zu erstatten, und sich Verhaltungsbefehle darüber zu erbitten [33]).

Gegen die Erkenntnisse und Verfügungen eines commissarischen Richters finden ohne Zweifel die sonst gewöhnlichen Rechtsmittel Statt [34]), woferne nicht etwa der Auftrag mit dem Anhange geschehen wäre, daß sich der Commissarius an keine Appellation oder andere Rechtsmittel kehren solle [35]), welches jedoch, da niemanden der Weg der Vertheidigung abgeschnitten werden darf, anders nicht als aus rechtmäßigen Gründen geschehen kann [36]). Ein solcher rechtmäßiger Grund wäre z. B. wenn der Auftrag einen

32) Gönner im Handbuch 4. B. Nr. LXXIV. §. 2. Nr. 4. S. 87. Thibaut System des Pandectenrechts 1. Band §. 610. S. 424. und MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 279.

33) RULANT de Commissariis P. I. Lib. III. cap. 4.

34) *Cap. 11. de off. et pot. iud. deleg. in VIto.* Eichmanns Erklärungen S. 418. folgg.

35) *Cap. 27. §. 5. X. eodem. Cap. 53. X. de appellat.* Es wird aber dennoch bey offenbarer Ungerechtigkeit des Urtheils die Appellation zugelassen. *Cap. 9. X. de sentent. et re iud. cap. 47. X. de appellat.*

36) Claproth in dem ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 58.

solchen Gegenstand beträfe, wobey ganz unleugbar kein Rechtsmittel Statt fände. Da zu den Rechtsmitteln gegen richterliche Erkenntnisse vorzüglich die Appellation gehört, so entsteht die Frage, an wen von dem Ausspruch des Commissarius appellirt werde? Man giebt gemeiniglich die Regel, daß von dem Commissarius an den Committenten appellirt werde. Allein da Cabinets-Justiz jetzt wegfällt [37]), und auch durch Commissionen keine Veränderung oder Vervielfältigung der Instanzen veranlaßt werden darf; so geht man sicherer von dem Grundsatz aus, daß ein Commissarius an die Stelle des ordentlichen Richters trete. Hieraus folgt, daß von seinem Ausspruche an denjenigen obern Richter appellirt werden müsse, welchem der ordentliche Richter subordinirt ist [38]). Ist demnach eine kaiserliche Commission erkannt worden, so geht die Appellation an dasjenige Reichsgericht, welches sie erkannt hat [39]); jedoch steht in Ansehung der von dem Reichshofrathe erkannten Austrägalcommissionen der Weg der Berufung sowohl an diesen, als an das Reichskammergericht offen [40]). Von den Aussprüchen der landesherrlichen Commissarien hingegen geschieht die Appellation an die obere Instanz desjenigen Gerichts, dessen Gerichtsbarkeit dem Commissarius über-

37) Gönners Handbuch 1. Band Nr. I. §. 3. folgg.

38) Gönners Handbuch 4. Band Nr. LXXIV. §. 2. S. 89.

39) v. Berg Grundriß der reichsgerichtl. Verfassung und Praxis §. 183.

40) Conc. der Cammergerichtsordnung Th. 2. Tit. 2. §. 2. Tit. 6. Tit. 31. §. 1. Reichshofrathsordn. vom Jahr 1654. Tit. 2. §. 5. Eichmanns Erklärungen S. 421.

übertragen war[41]). Die Lehre von der Subdelegation wird erst beym §. 208. abgehandelt werden.

§. 200.

Wenn die Commission aus mehreren Commissarien besteht, können in der Abwesenheit des einen die übrigen gültig verfahren?

Es ist nicht ungewöhnlich, in einer Civiljustizsache, besonders wenn sie von Wichtigkeit ist, mehrere Commissarien zu ernennen. Zuweilen bringen die Partheyen selbst mehrere Commissarien in Vorschlag. Es können aber auch erhebliche Bedenklichkeiten den Committenten bewogen haben, mehrere Commissarien zu verordnen, oder man setze den Fall, daß sich der andere Theil, welches ihm frey steht, einen Concommissarius erbeten habe. Es sey nun der eine oder der andere Fall vorhanden, so entsteht die Frage, ob einer ohne den andern in der aufgetragenen Rechtssache etwas gültig vornehmen könne[42])? Man hat zunächst darauf zu sehen, ob diesen commissarischen Richtern der Auftrag auf eine unbestimmte Art, und ohne allen weitern Zusatz geschehen, oder unter einer bestimmten Clausel. Im erstern Falle müssen dieselben zusammen die Commission und alle einzelne Stücke derselben ausführen, und ei-

41) Gönners Handbuch 1. Th. Nr. I. §. 13. S. 31. *de* LUDOLF Observat. for. P. I. Obs. 100. Mehlen über die Appellation und andere Impugnativmittel gegen richterl. Erkenntnisse §. 49. S. 79. Sieber von der Macht der Reichsstände selbst Recht zu sprechen §. 184. Claproth 1. Th. §. 63.

42) *I. H.* BOEHMER in iur. eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXIX. §. 23 — 32. hat diese Frage umständlich erörtert.

ner kann ohne den andern nichts gültiges vornehmen [43]). Daher verbindet die von dem einen Commissarius ohne den andern verfügte Citation den Vorgeladenen nicht [44]), und das Urtheil ist ipso iure nichtig, was einer ohne den andern gesprochen hat [45]). Es wäre denn, daß der Abwesende dem andern seine Stelle übertragen hätte, und ihm diese Gewalt entweder in dem Auftragsschreiben ausdrücklich beygelegt worden, oder der Commissar ein solcher wäre, dem die Subdelegation schon ipso iure erlaubt ist [46]). In diesem Falle kann zwar der andere allein, jedoch nicht anders, als im eigenen und des behinderten Concommissarius Namen, verfahren [47]). Sind demnach mehrere Commissarien zur gemeinschaftlichen Betreibung der ihnen aufgetragenen Sache bestellt, so kann keiner den

43) *Cap. 16. et 22. X. de offic. et pot. iud. deleg.* Das röm. Recht stimmt hiermit völlig überein. *L. 37. u. 39. D. de re iud.*

44) *Cap.* 22. alleg.

45) *Cap. 16. cit.*

46) Das *Cap. 6. X. de offic. et potest. iud. deleg.* scheint zwar dem Concommissar ein solches Uebertragungsrecht ohne Unterschied einzuräumen, wenn es daselbst heißt: Si vero duobus causa committitur, etiamsi non apponatur, ut unus sine altero procedat in ea, nihilominus unus ex ipsis sive suo coniudici, sive alii, vices suas potest committere in hac parte. Allein dieser Text redet von päbstlichen Delegaten, denen die Subdelegation ihrer Würde wegen ipso iure erlaubt ist, wie aus *cap. 3. X. eodem* erhellet. Es kann daher nur auf solche Commissarien angewendet werden, welchen die Subdelegation erlaubt ist. S. Eichmann in den Erklärungen S. 457.

47) Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 57. S. 215.

den andern, ohne eine Nichtigkeit zu begehen, ausschliessen [48]), es ist vielmehr die Gegenwart aller dieser Commissarien so nöthig, daß durch den Tod des einen auch sogar die Gewalt der übrigen aufhört [49]), wofern nicht etwa einem Collegium unter seinem collectiven Namen eine Commission ertheilt worden, weil ein solches, als moralische Person betrachtet, nicht ausstirbt [50]). Sollten jedoch die Partheyen selbst ein solches Geschäft genehmigen, und der Committent kein Interesse dabey haben, es als ungültig anzusehen; so könnte zwar wohl der ausgeschlossene Commissar sich hierüber beschweren, und auch den auf ihn kommenden Antheil der Gebühren fordern; allein das Recht der Partheyen, durch Vereinigung einer sonst ungültigen Handlung eine Gültigkeit zu verschaffen, würde doch wenigstens mit Grunde nicht bezweifelt werden können [51]).

Wenn hingegen mehrere Commissarien unter einer bestimmten Clausel ernannt worden sind, so kann diese Clausel von doppelter Art seyn. Entweder die alternative Clausel: sammt oder sonders, das ist, einer für alle und alle für einen, welche in den Decretalen des P. Bonifacius VIII. mit den Worten ausgedruckt wird: *ut omnes, aut duo, aut unus eorum mandatum exequantur* [52]); oder die bedingte Clausel: daß wenn einer oder der andere der Commission nicht beywoh-

48) *de* CRAMER Observat. iuris univ. Tom. V. Obs. 1300.

49) *Cap. 42. X. de offic. et pot. iud. del.*

50) Eichmanns Erklärungen S. 451.

51) Eichmann S. 453.

52) *Cap. 8. eodem in VIto.*

nen könnte, oder wollte, alsdenn die übrigen sich der Sache allein zu unterziehen befugt seyn sollten, welche im canonischen Recht folgendermassen lautet: *Quodsi non omnes interesse velint aut possint, reliqui in negotio procedant* [53]). Man hält insgemein dafür, daß eben dieses auch der Sinn der Clausel: sammt und sonders sey. Allein dem Wortverstande nach ist sammt und sonders und sammt oder sonders einerley, daher allerdings mit Claproth [54]) anzurathen ist, in dem Commissorial-Rescripte statt jener Clauseln bestimmtere Ausdrücke zu gebrauchen. Der Unterschied besteht nun darin. Ist der Commissionsauftrag mehreren unter der alternativen Clausel und in solidum geschehen, so kann sich der eine so gut, als der andere dem aufgetragenen Geschäft unterziehen, und wenn einer derselben, ohne die anderen, den Auftrag allein zu vollziehen angefangen hat, so gehet dieser hernach den andern so lange vor, als er die Sache betreibt und betreiben kann. Die alternative Clausel hat also die Wirkung der Prävention, vermöge welcher die übrigen so lange ausgeschlossen werden, bis derjenige, der dem andern zuvorkam, selbst nicht handeln kann. Diese Wirkung fällt aber alsdann weg, wenn der Committent entweder in dem Auftragsschreiben ausdrücklich verordnet hat, daß keine Prävention statt finden solle, oder solche stillschweigend durch die Bestimmung verworfen hat, daß durch die auf Seiten des einen oder des Andern

53) *Cap.* 21. 23. u. 30. X. *eodem.*

54) Claproth a. a. O. §. 57. S. 216. Man sehe hier besonders *Sam.* STRYK Diss. de clausulis commissionum. *Halae* 1705. und Eichmann S. 464. folg.

Andern geschehene frühere Geschäftsunterziehung derselbe keinen Vorzug vor den übrigen erlangen solle[55]). Ist dieses nicht geschehen, so können die übrigen sich der Sache weiter nicht annehmen, es sey denn, daß der erstere wegen Krankheit oder aus einer andern rechtmäßigen Ursache die Commission nicht fortsetzen könnte oder nicht fortsetzen wollte[56]). Wenn hingegen die Commission mehreren unter der bedingten Clausel: *si non omnes* aufgetragen worden ist, so können zwar die übrigen die Commission allein ausführen, wenn der Fall eintritt, daß einer nicht dabey seyn wollte oder könnte[57]). Es muß aber doch vorher die Verhinderung oder Entschuldigung den übrigen gehörig angezeigt werden[58]). So lange dieses nicht geschehen ist, kann keiner ohne den andern das mindeste unternehmen[59]).

55) Dieß ist der Sinn der Clausel: *Quod non melior fieri debeat conditio occupantis*, im *Cap. 6. de procurat. in VIto.* S. Eichmann S. 461. folg.

56) *Cap. 8. de off. et pot. iud. del. in VIto.* Quum plures sub illa forma, ut omnes, aut duo, vel unus eorum mandatum apostolicum exequantur, aut alia consimili, iudices vel executores a sede apostolica deputari contingit: ipsorum quilibet iniunctum potest libere adimplere mandatum. Porro uno eorum negotium inchoante commissum, alii nequibunt se ulterius intromittere de eodem, nisi vel infirmitate, vel alia iusta causa illum contingeret impediri: aut si nollet, vel malitiose in eo procedere recusaret.

57) *Cap. 13. X. eodem.* Conf. *Franc.* FLORENS in Operib. iurid. Tom. II. pag. 206.

58) *Cap. 13. X. de rescript.*

59) *Haec enim censetur esse mens delegantis*, sagt BOEHMER in iur. eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. 29. §. 29. ganz richtig, *ut omnes*

Die Gesetze erklären ein solches Verfahren für nichtig, welches von dem einen ohne Zuziehung des andern, der sich nicht entschuldiget hatte, unternommen worden ist[60]). Wie? wenn der Auftrag bloß unter der Clausel: daferne einer oder der andere der Commission beyzuwohnen verhindert würde, geschehen wäre, und einer, ohne gerade ein nothwendiges Hinderniß anführen zu können, sich entschuldigte, bloß weil er nicht dabey seyn wollte, können die übrigen dennoch gültig verfahren? Böhmer[61]) läugnet dieses, weil ein Commissorium streng nach den Worten zu erklären sey, und hiermit auch die Verordnung des P. Cölestins III.[62]) übereinstimme. Allein Engel[63]) und van Espen[64]) sind

omnes MAGIS *quam unus procederet, non vero ut* PRO LUBITU *unus alterve eorum causam commissam, quae pluribus delegata est, exequi debeat.*

60) *Cap. 21. X. de off. et pot. iud. deleg.* — In hoc casu taliter respondemus, quod cum aliquis delegatorum iudicum per certum nuncium vel excusatorem literatorie destinatum non ostenderit, se interesse non posse, vel alias de eodem constare non poterit, residui procedere ad causae cognitionem non debent: quod si processerint, nihil reputabuntur egisse.

61) Cit. loco §. 28.

62) *Cap. 13. X. de rescript.* Die Worte, worauf sich Böhmer beruft, lauten folgendergestalt: Nec enim ille, qui tantummodo non vult interesse, hac impossibilitatis interpretatione valeat aliquatenus excusari; nisi forte sic in rescripto habeatur expressum, si non omnes interfuerint, vel simul nequiverint, aut noluerint interesse.

63) in Collegio univ. iuris canon. Lib. I. Tit. XXIX. nr. 16. — *Ista porro conditio:* SI NEQUIVERINT, sagt dieser berühmte Cano-

sind anderer Meinung, und diese scheint mir billig den Vorzug zu verdienen. Denn einmal würde ja Cölestin sich selbst widersprochen haben, der in einer andern Verordnung [65]) ganz deutlich sagt: Adiicimus etiam, quod ubi fuerit in commissione adpositum, *ut si omnes interesse nequiverint*, duo eam nihilominus exequantur; si aliquis ex ipsis, *cum possit*, *noluerit interesse*, duo nihilominus in causa procedant, licet ille tertius gravissime sit arguendus pro eo, quod mandatum apostolicum exequi subterfugiat aut contemnat. Idem quoque per omnia dicimus observandum in causa, quae committitur duobus, eo apposito, *ut si ambo interesse nequiverint*, alter nihilominus exequatur. Diese Worte berechtigen uns, mit jener Clausel, in welcher bloß der Fall des Hindernisses ausgedrückt ist, einen solchen Sinn zu verbinden, daß auch der Fall der bloßen Weigerung darunter zu verstehen sey. Dies entspricht auch ganz der Absicht des Committenten, welche bey dem Gebrauche jener Clausel doch gewiß nur dahin gegangen seyn kann, daß dadurch die Vollziehung des Auftrags beschleuniget werden solle. Zum andern ist auch die vom Böhmer angeführte Verordnung gar nicht entgegen, indem der Sinn derselben offenbar nur dahin gehet, daß derjenige Commissar, der ohne

Canonist, *involvit etiam conditionem:* SI NOLUERINT, *adeoque condelegatis* NOLENTIBUS *interesse, reliqui procedere poterunt.*

64) in Iure eccles. univ. P. III. Tit. V. Cap. II. §. 40. — *Quodsi clausula tantum exprimat,* SI INTERESSE NEQUIVERINT, *et unus ex* ipsis, *cum* POSSIT, NOLUERIT *interesse, reliqui nihilominus possunt procedere.*

65) *Cap. 21. X. de off. et pot. iud. deleg.*

ohne ein rechtmäßiges Hinderniß sich der Commission entzieht, zur Verantwortung und Strafe gezogen werden kann, wodurch jedoch die Befugniß der übrigen, bey verweigerter Theilnahme des einen, in der Sache zu verfahren, in mindesten nicht ausgeschlossen wird, wie Böhmer an einem andern Orte[66]) selbst gesteht. Bey so deutlicher Vorschrift der Gesetze kann daher auch die Regel, daß alle commissoria strictae interpretationis sind, keine Statt finden; so wie es auch endlich gegen alle Regeln der Critik streitet, wenn man statt der Worte: *si omnes interesse nequiverint*, mit Böhmer lesen wollte: si non omnes interfuerint, indem hierzu gar keine Nothwendigkeit vorhanden ist[67]). Uebrigens bemerke ich nur noch, daß wenn die mehreren Commissarien in Entscheidung der Sache verschiedener Meinung sind, zwar die Mehrheit der Stimmen entscheide, bey vorhandener Gleichheit derselben aber dem Committenten überlassen werden müsse, welche Meinung er bestätigen will[68]).

§. 201.

66) §. 27. pag. 669. *Duae quaestiones haud confundendae.* I) *Utrum valeat, quod a reliquis, uno recusante, actum est? quod affirmatur*; II) *utrum, qui recusat implere mandatum iunctum, delinquat et puniri queat? quod itidem affirmatur.*

67) Mit mir stimmt auch Eichmann in den Erklärungen 5. Th. S. 471. folgg. überein.

68) *Cap. fin. X. de sententia et re iudic.* — Duobus iudicibus diversas sententias proferentibus, si ex iurisdictione ordinaria processerunt, tenet pro reo, non pro actore, sententia, nisi in causa favorabili, puta matrimonio, libertate, dote seu testamento, pro ipso fuerit promulgata. *Si vero ex delegata potestate, utraque pendet sententia ex arbitrio delegantis.* Add. *L. 28. D. de re iudic.* Jetzt ist die Entscheidung vielmehr dem höch-

§. 201.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die allgemeine und besondere. Verschiedene Gattungen der letztern.

Die ordentliche Gerichtsbarkeit, in soferne sie der delegirten entgegen gesetzt wird, wird in Ansehung ihrer Gränzen wieder in die allgemeine (iurisdictio generalis s. universalis) **und die besondere** (iurisdictio particularis) **eingetheilt**[69]**, je nachdem sie sich entweder auf alle nicht ausdrücklich ausgenommene Personen, Sachen und Oerter binnen einem gewissen District erstreckt, oder blos auf eine gewisse Gattung von Sachen, oder auf eine gewisse Classe von Personen, oder auf gewisse bestimmte Oerter eingeschränkt ist. Erstere macht die Regel aus, die letztere aber ist wie eine Ausnahme von der Regel zu betrachten, daher wird auch jene von einigen Rechtsgelehrten *iurisdictio ordinaria*, diese aber *iurisdictio exemta* genennt[70]. **Eine allgemeine Gerichtsbarkeit haben z. B. Hofgerichte, Canzeleyen, Regierungen, Stadtgerichte, die Amtsgerichte auf dem Lande, u. d. m. Die beson-**

höchsten Gericht oder einem Spruchcollegium zu überlassen. S. Thibaut System des Pandectenrechts 1. Band §. 610. a. E. S. 424.

69) Man vergleiche hier vorzüglich Kopps ausführliche Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. und Civilgerichte in Hessen-Cassel. Landen. 1. Theils 3. Stück; HILDEBRAND de iurisdictione universa secundum mores hodiernos compendiose considerata. *Alt.* 1714. rec. 1754. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 105. sqq.

70) S. *Christ. Gottl.* BIENER Diss. de iurisdictione ordinaria et exemta. *Lipsiae 1777.*

besondere Gerichtsbarkeit ist von verschiedener Art. Es lassen sich vier Hauptgattungen derselben gedenken.

I) Kann die besondere Gerichtsbarkeit auf gewisse Gattungen von Sachen eingeschränkt seyn. Aus dieser Art entstehen die Handelsgerichte (iurisdictio mercantilis), welche blos mit Handlungs- und Wechselsachen[71]), die Zunftgerichte, welche blos mit Handwerkssachen; die Berg- und Thalgerichte (iurisdictio metallica et salinaria), welche blos mit Berg- und Salzwerkssachen[72]); die Forstgerichtsbarkeit, oder forstliche Obrigkeit (iurisdictio forestalis)[73]), welche blos mit Forstsachen; die Lehnsgerichtsbarkeit (iurisdictio feudalis)[74]), welche blos mit Lehnsachen; die Vormundschafts- oder Waisengerichte, welche blos mit Vormundsschaftssachen; die Policeygerichte[75]), welche bloß mit Policeysachen zu thun haben, u. dgl. m.

II) Eine

71) LINK Diss. de iudiciis Reipubl. Norimb. cap. 7.

72) *Ge.* ENGELBRECHT de iudiciis metallicis. *Ienae 1740. Io. Gottl.* SIEGEL Diss. de iurisdictione metallica. *Lipsiae 1754.* Franz Ludw. von Cancrin Grundsätze des teutschen Berg- und Salzrechts 1. Abth. Kap. 4. S. 53. folgg. MALBLANC Conspect. §. 113.

73) *Io. Iod.* BECK Tr. de iurisdictione forestali. *Frfti et Lips.* 1748. MALBLANC §. 115.

74) MALBLANC §. 106—110.

75) NEURATH Diss. sist. observationes nonnullas de cognitione et potestate iudiciaria in causis, quae politiae nomine veniunt. *Erlangae 1780.* v. Berg Handbuch des teutschen Policeyrechts 1. Th. 2. Buch 4. Abschn. S. 131. Was Policeysachen

II) Eine andere Gattung der besondern Gerichtsbarkeit ist diejenige, welche bloß auf eine gewisse Classe von Personen eingeschränkt ist. Zu dieser Art gehören die Hofmarschallsgerichte (iurisdictio aulica)[76]), welche die Gerichtsbarkeit blos über die fürstlichen Hofbedienten; die Kriegsgerichte (iurisdictio militaris), welche bloß über Soldaten und die zum Soldatenstande gehörigen Personen[77]); die Universitätsgerichte (iurisdictio academica), welche blos über die zur Academie gehörigen Personen und Universitätsbürger[78]); die Fabrikgerichte, dergleichen z. B. im Braunschweigischen über die daselbst auf den Fabriken arbeitenden Personen gehalten werden[79]); ferner die Gastgerichte[80]), welche in den Rechtshändeln der Fremden und Reisenden die Gerichtsbarkeit verwalten. Hierher gehören auch die gutsherrlichen Zinsgerichte, deren Gerichtsbarkeit (iurisdictio colonaria) blos auf Meyer und Erbzinsleute eingeschränkt ist, und vor welche nach uralter Observanz nur solche Sachen gehören, welche in Beytreibung gutsherrsachen sind, und wie sie sich von Justizsachen unterscheiden, erklärt Gönner im Handbuch 2. B. Nr. XXVI. und der ungenannte Verf. der staatsrechtl. Betrachtungen über den Unterschied zwischen Policey- und Justizsachen. 1805. 8.

76) Mosers teutsches Hofrecht. Leipzig 1754.

77) MALBLANC §. 129.

78) MALBLANC §. 128.

79) S. E. D. v. Liebhaber Einleitung in das Herzogl. Braunschweig-Lüneburg. Landrecht 1. Th. 2. Abh. 8. Kap. §. 11.

80) S. *Sam. Frid.* WILLEMBERG Diss. de iudicio peregrinitatis, in Desselben *Exercitat. Sabbath.* P. II. N. 62. und Kopp von den Gastgerichten, in dem angeführten Buche 3. St. 8. Abth. §. 308. ff.

herrlicher Gefälle an Rauchhünern, Erbenzins, Baulebung u. dgl. mittelst der Hülfsvollstreckung, ferner in Einziehung und Wiederbesetzung der zinsbaren Höfe und Meyerdingsgüter, Uebergabe und Veräusserungen derselben, auch Schlichtung der über den Besitz solcher Güter entstandenen Händel bestehen [81]).

III) Die besondere Gerichtsbarkeit kann auch auf eine gewisse Classe von Personen und Sachen zugleich eingeschränkt seyn. Dahin gehört die geistliche Gerichtsbarkeit, welche nicht nur in persönlichen Sachen der Kirchen- und Schuldiener, sondern auch in objectivgeistlichen Sachen gegründet ist. (§. 106.) Auch die in Franken so gewöhnliche Gemeindeherrschaft oder *iurisdictio communitatis* [82]) verdient einige Erwähnung. Man versteht darunter den Inbegriff gewisser Rechte, welche in Gemeindesachen und über die zu einer Gemeinde gehörige Personen, wenn sie auch Unterthanen einer andern Herrschaft

81) Man vergleiche MEINDERS de iudiciis colonariis, besonders aber Hrn. v. Selchow's Untersuchung über die wahre Beschaffenheit der teutschen gutsherrlichen Zinsgerichte oder Meyerdinge; in Desselben neuen Rechtsfällen. (Frankf. am Mayn 1787. 4.) 1. Band Nr. 2. S. 135—314. auch Pufendorf de iurisdict. germ. P. III. Sect. III. cap. 3. und Hofmanns T. Reichspraxis 2. Th. §. 1298.

82) Von dieser handeln ausführlich *Christph. Wilh.* TEUFFEL in Diss. de iurisdictione communitatis sive in res universitatis. *Altorf. 1719.* und Hr. Prof. Siebenkees in der Abh. von der Gemeindherrschaft in Franken; in Desselben Beyträgen zum teutschen Recht. 1. Th. (Nürnberg u. Altdorf 1786. 8.) Nr. VII. S. 209—217.

schaft sind, ausgeübt werden[83]). Sie darf nicht mit der gemeinherrschaftlichen Obrigkeit, oder der vielherrigen Herrschaft (iurisdictione communi), die sich in Franken ebenfalls häufig findet, vermischt werden, denn diese letztere steht mehreren Landes- oder Gerichtsherren an einem gewissen Orte gemeinschaftlich zu[84]); allein die Gemeindherrschaft kann einem einzigen zustehen, wenn gleich an diesem Orte mehrere Herrschaften seyn sollten, Sie ist auch von der Landeshoheit gar leicht zu unterscheiden, da die Gemeindeherrschaft sich blos auf Gemeindesachen, deren Anordnung, Aufsicht, Untersuchung. Entscheidung und Bestrafung einschränkt. Die Rechte derselben sind nicht überall die nämlichen, sondern die Bestimmung derselben hängt in einzelnen Fällen von dem Herkommen und Besitzstande ab. Man pflegt jedoch dahin gewöhnlich zu zählen das Recht Dorfs- und Gemeindeordnungen zu ertheilen; Gebote und Verbote in Gemeindesachen ergehen zu lassen; die Gemeinde-Aemter zu bestellen, und die dazu verordneten Personen z. B. Dorfshauptleute, Schulzen, Dorfs-Vierer, Gemeinschreiber, Gemeinhirten, Amtsknechte ꝛc. in Eid und Pflicht zu nehmen;

83) Teuffel in der angef. Dissertation Cap. I. §. 5. sagt IURISDICTIO COMMUNITATIS *est ius sive potestas in communitatem seu res universitatis qua tales competens, et de his causis cognoscendi, et ius dicendi, etiamsi in ea aliorum diversorum dominorum subditi sint.*

84) Von dieser handeln *Io. Christph.* DONAUER in Diss. de iurisdictione communi sive de condominio iurisdictionali. *Altorf.* 1698. und *Ge. Ad.* WILL in Diss. de iurisdictione communi. *Giessae 1701.*

men; in Policeysachen zu disponiren, z. B. Caminfeger, Nachtwächter zu bestellen, über Maaß, Elle und Gewicht die Aufsicht zu haben, und alle Verfälschungen zu verhindern; ferner die Abhörung der Gemeinderechnungen, Hut- und Weidesachen, die Benutzung und Austheilung der Gemeindehölzer u. dgl. zu reguliren, und in streitigen Fällen zu entscheiden, die Unterhaltung der Gassen, Schranken, Wege und Stege, Gemeindeanlagen zur Bestreitung des gemeinen Aufwands zu machen, Gemeinfrohnen auszuschreiben, und in allen Sachen, welche nicht in die Criminalität laufen, das Directorium zu führen. Vornehmlich aber ist dies eine Wirkung der Gemeindherrschaft, daß von derselben die Uebertreter der Gemeindeordnungen, diejenigen, die in ihren Gemeindeämtern etwas versehen haben, und die auf gemeinen Gassen und Strassen, öffentlichen Plätzen oder Gemeindewasen, so weit die Markung des Dorfs geht, begangene Frevel gerügt und bestraft werden, in soferne dieselben nicht in die peinliche Gerichtsbarkeit einlaufen. Diese Gemeindherrschaft ist nun in manchem Dorfe der hohen Obrigkeit anhängig, und gehört dem Landesherrn; in manchem Dorfe, insonderheit in solchen, welche nur einen Eigenherrn haben, ist sie mit der Vogteylichkeit verbunden; in manchen Dörfern, welche vermischte Herrschaften haben, wird dieselbe bisweilen privative, bisweilen cumulative, oder auch abwechselnd z. E. auf ein, zwey, oder mehrere Jahre, durch die Eigenherrn ausgeübt; sie kann auch zuweilen der Dorfgemeinde überlassen seyn, und durch die Dorfhauptleute oder Vierer ausgeübt werden; ein Fall, der jedoch heut zu Tage selten ist. Es läßt sich also hierin keine allgemeine Regel geben, sondern es ist in vorkommenden Fällen immer darauf zu sehen, was Verträge,

ge, unbestrittenes Herkommen, oder der Besitzstand mit sich bringen.

IV) Die letzte Gattung der besondern Gerichtsbarkeit ist endlich diejenige, welche in Ansehung des Orts eingeschränkt ist. Hierher gehören die Zaun- und Pfahlgerichte.

Unter der Zaungerichtsbarkeit (iurisdictio circumsepta) welche auch unter dem Namen der Binnengerichte oder der Gerichte binnen Zauns[85]), vorkommt, versteht man diejenige besondere Gerichtsbarkeit, welche bloß auf gewisse Höfe, Häuser und Wohnungen eingeschränkt ist, und sich weiter nicht erstreckt, als so weit deren Bezirk und Zaun gehet. Sie ist gleichsam, wie man sagt, mit Thür und Angel beschlossen[86]). Diese Zaungerichte umfassen in der Regel die völlige niedere Gerichtsbarkeit in dem Bezirke, in welchen sie eingeschränkt sind[87]). Wer diese Gerichte hat, kann daher nicht nur Rechtshändel untersuchen und entscheiden, sondern auch Handlungen der freywilligen Gerichtsbarkeit vornehmen, z. B. Contracte, Ehestiftungen u. dgl. bestätigen, inventiren, Vormünder bestellen ꝛc.[88]). Es kann auch einem solchen Richter die

85) Eine Hauptschrift ist *Sam.* STRYKII Disp. de iurisdictione circumsepta. *Halae 1670.* Man sehe jedoch auch Pufendorf P. II. Sect. V. Cap. un. §. 3. seqq. pag. 597.

86) MALBLANC Consp. §. 104.

87) PUFENDORF c. l. §. 6. sagt: *Iurisdictio intra sepes in dubio ita explicanda est, ut civilem quidem plenam, non item altam contineat.*

88) Pufendorf giebt §. 10. S. 602. die Regel: *Iurisdictio intra sepes per se eandem, quam civilis ordinaria, potestatem con-*

Befugniß, über die in dem Bezirke der seiner Gerichtsbarkeit unterworfenen Häuser und Höfe begangenen geringen Verbrechen zu cognosciren und selbige zu bestrafen, eben so wenig, wie einem andern Civilrichter, abgesprochen werden. Daß die Zaungerichte im Zweifel auch auf die obern oder peinlichen Gerichte ausgedehnet werden könnten, wie Stryk[89]) behaupten will, streitet gegen die oben vorgetragenen allgemeinen Grundsätze[90]). Daß sie aber mit der peinlichen Gerichtsbarkeit alsdann verbunden seyn können, wenn sie mit dieser Ausdehnung erworben worden sind, ist ausser Zweifel. Da übrigens die Zaungerichtsbarkeit nicht gerade auf die Person der Gutsleute eingeschränkt, sondern eine iurisdictio ratione loci exemta ist, so kann durch dieselbe allerdings auch ein Gerichtsstand in Ansehung fremder Personen, in sofern sie in dem Bezirke derselben Verbrechen begehen, oder contrahiren, begründet werden. Es hat daher die Regel, welch Pufendorf[91]) giebt, ihre vollkommene Richtigkeit, *ut quoties vel domicilium vel locus sive contractus, sive delicti commissi, vel et rei sitae forum fundet, vel quoties in ceteris iurisdictionis actibus in personam vel rem potestas sufficiat, iurisdictio iudicis intra sepes competens et fundata sit.* Allein auf die zu den Höfen zwar gehörigen, jedoch ausser den Zäunen liegende Güter und

continet, adeoque si non locus et forum, sed iurisdictio ipsa et potestas inspicitur, iudici intra sepes idem, quod civili vulgari, licet. Siehe auch Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 3.

89) Diss. cit. Cap. III. nr. 5. sqq.

90) S. §. 189. N. V. S. 44.

91) a. a. O. §. 13. S. 603.

und Ländereyen, kann sich diese Gerichtsbarkeit ihrer Natur nach nicht erstrecken[92]).

Ganz von den Zaungerichten verschieden sind die Pfahlgerichte (iurisdictio palaris)[93]). Man versteht darunter diejenige Gerichtsbarkeit, welche an einen Hof und die dazu gehörigen Gutsleute mit deren Kindern und Gesinde gebunden ist, sich auf Fremde aber nicht erstreckt, außer in sofern sie sich auf dem Hofe als Miethsleute befinden. Wenn andere Fremde in solchen Höfen etwas strafbares begehen, so kann zwar der Pfahlrichter solche Delinquenten in Arrest nehmen lassen, darf sich jedoch, wenn auch gleich das Vergehen vor die Niedergerichte gehören sollte, keiner Cognition noch Bestrafung anmaßen, sondern muß von der geschehenen Inhaftirung dem ordentlichen Richter Nachricht geben, und die Delinquenten auf desselben Verlangen ausliefern[94]). Es scheint daher diese Pfahlgerichtsbarkeit mehr eine iurisdictio personarum als loci zu seyn, wofür sie auch Pufendorf hält[95]). Gewöhnlicher Weise gehören vor diese Gerichte nur Personalklagen[96]) und geringe Vergehungen der Gutsbehörigen

92) STRYK in der angeführten Dissertat. Cap. IV. nr. 8. sqq.

93) Von dieser handelt Pufendorf de iurisdict. germ. P. III. Sect. I. Cap. 3. pag. 685.

94) Pufendorf a. a. O. §. 17—20.

95) Pufendorf sagt daher a. a. O. §. 2. IURISDICTIO PALARIS *nihil aliud est, quam domini in colonos eorumque domesticos iurisdictio personalis.* Eben so Hr. v. Selchow in Elem. iuris germ. privati hod. §. 682.

96) *Praeter ius pignorandorum colonorum et destituendorum*, sagt Pufendorf a. a. O. §. 11. *iurisdictio palaris actiones continet*

oder der auf dem Gute sich befindenden Miethsleute und Häuslinge, in sofern letztere mit dem Strafpfahl, Gefängniß oder Geldbuße zu bestrafen sind[97]). Realklagen gegen solche Personen sind daher bey dem ordentlichen Richter anzustellen, welcher desfalls die Beklagten ohne Requisition des Pfahlrichters unmittelbar vorladen kann[98]). Daß von den Pfahlgerichten die Testamente der denselben unterworfenen Personen auf- und angenommen[99]), auch Vormünder für Unmündige bestellt werden können[100]), ist gewiß; allein die gerichtliche Bestätigung der Contracte kann nur in soferne vor diesen Gerichten geschehen, als dadurch kein dingliches Recht einem andern bestellet werden soll. Nam in realibus causis auctoritas et potestas iudicis palaris omnino excluditur[1]). Jedoch kommt hierbey auch vieles auf die besondere Verfassung eines jeden Landes an.

Den

tinet personales ex vero vel quasi ex contractu proficiscentes, sed et si ex delicto vel quasi ex delicto extra curiam commisso adversus colonos civiliter ageretur ad id, quod interest. Et de his causis cognoscere palaris iudex et pronuntiare potest, exequi item iudicata in ipsis curiis.

97) Pufendorf §. 7—10.

98) Pufendorf a. a. O. §. 23. — *Iudex loci ordinarius in ceteris causis non personalibus, quae palari iurisdictioni non assignantur, citare eosdem colonos, qui sub iudice palari existunt, non requisita huius venia immediate ad se potest, sed ita, ut genus causae, cur citentur, in ipsa citationis forma exprimatur.*

99) Pufendorf §. 43. pag. 702.

100) Ebenderselbe §. 46.

1) Pufendorf a. a. O. §. 44.

Den Zaun- und Pfahlgerichten pflegt man gemeiniglich die Land- oder Strassengerichte entgegen zu setzen, welche der Dorfherr, wenn er mit den ober- und niedern Gerichten beliehen ist, in bürgerlichen und peinlichen Sachen, sowohl in dem Dorfe selbst als auf der ganzen Feldmark ausübt [2]). Daß diese Strassengerichte sich auch auf Kirchen, Kirchhöfe und Gottesäcker erstrecken, und daher denselben über die an solchen Orten begangene Verbrechen die Cognition und Bestrafung gebühre, ist ausser Zweifel [3]). In diesem Betracht involviren also die Strassengerichte eine allgemeine Jurisdiction. Allein sie können auch als eine Art der besondern Gerichtsbarkeit angesehen werden, in soferne sie blos über die öffentlichen Land- und Heerstraßen ausgeübt werden. Diese Gerichte stehen der Regel nach dem Landesherrn zu [4]). Denn die Land- und Heerstrassen gehören nach den Grundsätzen des teutschen Staatsrechts zum landesherrlichen Eigenthume. Daher sie auch Königsstrassen genennt werden.

2) STRYK Diss. de iurisdict. circumsepta Cap. I. nr. 28. HEINECCIUS in Diss. de origine et indole iurisdict. patrimonialis §. 20. Hymmens Beyträge zu der juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten. 1. Samml. 4. Abschn. S. 217.

3) Eine weitere Ausführung hierüber findet man in STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 20. Siehe auch *Io. Tob.* RICHTER select. iuris Principior. Diss. 3. §. 9.

4) PUFENDORF de iurisdict. german. P. II. Sect. IV. Cap. un. §. 29. sq. pag. 610. sq. Estor bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit der Teutschen 1. Th. §. 2043. Hrn. Hofr. Runde Grundsätze des allgemeinen T. Privatrechts §. 129. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 23. S. 72. am Ende.

den [5]). Wenn daher ein Landesherr Jemand die Gerichtsbarkeit in einem gewissen Districte, durch welchen die Landstrasse zieht, verliehen hat, so kann die Verleihung derselben im Zweifel nicht auch auf letztere ausgedehnt werden, sondern die Strassengerichte bleiben dem Landesherrn vorbehalten [6]), wofern dieselben nicht durch besondere Privilegien und Landesverträge der Patrimonialgerichtsbarkeit sind überlassen worden [7]), oder Jemand besonders mit den Straf-

5) In der Regalienverordnung Friedrichs I. welche II. F. 56. befindlich ist, werden die viae publicae ausdrücklich zu den Regalien gerechnet.

6) Hierin stimmen die meisten Rechtsgelehrten überein. SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exerc. XLVII. §. 43. FRITSCH de regali viarum publicar. iure Cap. III. §. 20. Cap. X. §. 11. sq. in Operib. T. I. P. I. n. 14. ZIEGLER de iurib. maiestat. Lib. II. cap. 17. §. 30. STRUV in Syntagm. iur. feud. Cap. VI. aph. XXIII. n. 2. PFEFFINGER ad Vitriarium T. III. Lib. III. Tit. II. n. 54. not. c. p. 226. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Vol. VII. Spec. DI. Coroll. 1. pag. 657. BIENER de natura et indole dominii in territor. Germ. pag. 107. sqq. *Gottl. Theod.* MILLER Diss. de eo, quod iustum est circa vias publicas. (*Giessae 1776.*) §. 25. Schnaubert Erläuterung des Lehnrechts §. 67. Anmerk. 3. S. 117. u. a. m. Es ist zwar Struben in den rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 81. anderer Meinung; allein einzelne Beyspiele von solchen Ländern, in welchen durch Landesgesetze oder Landesverträge die Strassengerichte mit den ordentlichen Gerichten vereiniget worden sind, heben die entgegenstehende Regel nicht auf. Man vergleiche besonders *Car. God. de* WINCKLER Progr. corollarium iuris criminalis undevicesimum continens, *de iurisdictione criminali in via regia.* Lipsiae 1786.

7) So z. B. ist im Mecklenburgischen Erblandesvergleiche von 1755. Art. 21. §. 419. der Ritterschaft, wie auch allen

Strassengerichten beliehen ist. Es ist das nicht nur dem unbestrittenen Herkommen, sondern auch der Natur der Sache um so mehr gemäß, da der Landesherr ohnehin auch das Geleitsrecht ausübt, und für die gemeine Sicherheit und Beförderung der Reisenden sorgen muß, ja sogar im Falle eines erlittenen Straßenraubs, laut ausdrücklicher Reichsgesetze [8]) sowohl, als verschiedener reichskammergerichtlichen Erkenntnisse, deßhalb haftet [9]). Es hört jedoch die Landstraße mit dem Eintritt in ein Dorf oder eine Stadt auf, und nimmt erst jenseits desselben wieder ihren Anfang. So weit daher die Landstrasse durch das Dorf geht, wird sie in Beziehung auf Gerichtsbarkeit als ein Theil des Dorfs betrachtet [10]). Daher zu erklären ist, warum die Dorfgerichte zuweilen Strossengerichte engtnen werden.

Zuletzt gedenke ich noch der Eintheilung der Gerichte in geschlossene (*iurisdictio clausa*) und ungeschlossene (*iurisdictio non clausa*) [11]). Ein geschlossenes Ge-

 richt

allen Landbegüterten und Städten die Gerichtsbarkeit über die Landstrassen, so weit sie durch ihre Güter gehen, gelassen worden.

8) Augspurg. Reichsabsch. vom J. 1559. §. 34. Executionsordn. vom J. 1673. Kap. 4. §. 3. Siehe auch den Sachsenspiegel 2. Buch Art. 27.

9) GAIL in Observat. pract. Lib. II. Obs. 64. MILLER in Diss. alleg. §. 30.

10) *de* WINCKLER in Progr. cit. cui inest coroll. iur. crim. XXI. und Runde a. a. O.

11) S. David Georg Strubens Abhandlung von geschlossenen und ungeschlossenen Gerichten der Landsassen, in

Des-

richt wird dasjenige genennt, dessen Gerichtsbarkeit zugleich die Ausübung gewisser Rechte in Landes-Polizey-Militair- und andern dergleichen Sachen, welche sonst zum Ressort der herrschaftlichen Beamten gehören, dergestalt unter sich begreift, daß kein fürstlicher Beamte in dem Distrikte desselben etwas in solchen Sachen vorzunehmen berechtiget ist. Ein ungeschlossenes Gericht hingegen ist dasjenige, in welchem der Gerichtsherr nur die Gerichtsbarkeit ausübt, die benachbarten fürstlichen Beamten hingegen alle eben bemerkten Fälle unmittelbar besorgen [12]). Die Benennung eines geschlossenen Gerichts ist keinesweges mit Herrn von Knigge [13]) von den adelichen Schlössern und Burgsitzen, welche gemeiniglich ein solches Gericht haben, herzuleiten, sondern bezieht sich vielmehr darauf, daß diese Gerichtsbarkeit von aller Concurrenz landesherrlicher Beamten befreyet ist, wie auch Herr von Selchow [14]) und Herr Hofr. Runde [15]) bereits bemerkt haben. Denn geschlossene Gerichte sind kein

Desselben Nebenstunden 5. Th. 34. Abhandlung, S. 123—183. und PUFENDORF de iurisdictione clausa, in Desselben libro *de iurisdict. germ.* P. II. Sect. III. Cap. 3. §. 503—518.

12) S. Erich Daniel von Liebhaber Einleitung in das Herzogl. Braunschweig-Lüneburgische Landrecht. (Braunschweig 1791. 8.) 1. Th. 2. Abhandl. 2. Kap. §. 2. S. 107. und Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 23. S. 72.

13) de nat. et indole castrorum in Germ. *Goett. 1747.*

14) in Elem. iuris germ. privati hodierni P. Spec. Lib. I. Cap. IV. Sect. II. Tit. VII. §. 278.

15) Grundsätze des allgemeinen T. Privatrechts §. 407.

kein ausschließliches Vorrecht oder wesentliches Merkmal der grössern Rittergüter, da in vielen Landen alle Patrimonialgerichte, ohne weitere Rücksicht auf die Grösse des Gutes, wozu sie gehören, geschlossen sind, und die Eintheilung in geschlossene und ungeschlossene Gerichte überhaupt erst in neuern Zeiten aufgekommen ist [16]). Diese geschlossenen Gerichte sind nun entweder geschlossene Ober- oder Untergerichte. Jene besorgen in ihrem Districte alle Hoheitssachen, als die Veranstaltung der Kriegsfuhren, Wegebesserungen, Patrouillirung der Heerstraße, Bestellung zur Landfolge u. dergl. Sie haben ferner die Aufsicht über die Policey, und repartiren die öffentlichen Abgaben, die sie den landesherrlichen Cassen unmittelbar zuschicken. Geschlossene Niedergerichte hingegen sind den Beamten in Niedergerichts-, nicht aber in Obergerichtsfällen geschlossen [17]). Zu den unstreitigen Vorzügen der geschlossenen Gerichte gehört übrigens, daß ihnen die landesherrlichen Verordnungen von der Regierung unmittelbar und nicht durch die Beamten zugesendet werden. Es verstatten auch die geschlossenen Gerichte nicht, daß die Aemter ihre Hintersassen zu Landfolgen, Kriegsfuhren und dergleichen auffordern, oder die Steuern von ihnen beytreiben, sondern alles dieses besorgen die erstern selbst, und liefern die Steuern unmittelbar in die Landescassen [18]).

§. 202.

16) Struben a. a. O. §. 13. u. 14. S. 166. hat dieses ganz deutlich erwiesen, wo er auch zugleich untersucht, wie der Unterschied zwischen geschlossenen und ungeschlossenen Gerichten entstanden ist.

17) Hrn. v. Liebhaber Einleitung in das Braunschw. Lüneb. Landr. a. a. O.

18) Struben in der angef. Abhandl. §. 13. S. 167. folg.

§. 202.

Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die competente und prorogirte. Beyläufige Bemerkungen über die *Lex Iulia iudiciorum*, deren Urheber, Inhalt und Zeitalter.

In Rücksicht auf die Personen, über welche die Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, wird sie in die competente und prorogirte eingetheilt. Die Gerichtsbarkeit wird nämlich entweder vermöge der ordentlichen Gerichtsverfassung, so wie sie einmal im Staate durch die Gesetze angeordnet ist, blos über die ihr unterworfenen Gerichtsunterthanen in concreten Fällen ausgeübt, oder sie wird über solche Personen ausgeübt, die eigentlich sonst unter dieser Jurisdiction nicht stehen, sondern sich derselben durch Vertrag unterworfen haben. In dem ersten Falle pflegt man die Gerichtsbarkeit, wie auch unser Verf. lehrt, eine competente, in dem letztern aber eine prorogirte zu nennen. Allein da auch die iurisdictio prorogata ohne Zweifel als eine competente anzusehen ist, so wird erstere von andern Rechtsgelehrten schicklicher die ordentliche Gerichtsbarkeit (*iurisdictio ordinaria*) genennt [19]). In der Regel hat nun jede Gerichtsbarkeit ihre bestimmten Gränzen, und es stehet daher nicht gerade zu in der Macht des Richters, diese auszudehnen. Auch die Partheyen können nicht aus bloßer Willkühr den ordentlichen Richter übergehen, und sich der Gerichtsbarkeit eines jeden incompetenten Richters unterwerffen. Denn die Gränzen der Gerichtsbarkeit und der davon abhangende Gerichtsstand gehören

19) HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. germ. Tom. III. §. 4212. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1234.

hören zur Verfassung eines Staats oder Landes, und diese kann durch Verträge der Unterthanen nicht aufgehoben oder abgeändert werden [20]). Weil indessen sich Fälle ereignen können, wo die Anerkennung eines sonst incompetenten Richters zur Erleichterung des Laufs der Rechtspflege dient, und wo es den Partheyen allzu lästig seyn würde, wenn sie schlechterdings genöthiget wären, dem ordentlichen Richter zu folgen, zumahl da kein Magistratus ehemahls recusirt werden konnte [21]); so haben die Gesetze selbst, zum Besten der Partheyen, die Prorogation d. i. die Erstreckung der Gerichtsbarkeit auf einen sonst incompetenten Richter unter gewissen Einschränkungen zugelassen. Die erstern Spuren davon finden wir in der Lex Iulia iudiciorum, deren Ulpian Erwähnung thut [22]). K. August, welcher der Urheber dieses Gesetzes ist [23]), nicht Julius Cäsar

20) *L. 38. D. de pact. L. 27. D. R. I. Cap. 12. X. de foro comp.*

21) *Ant.* SCHULTING Diss. de recusatione iudicis. Cap. VI. §. 5. (in *Commentation. academ. Halae 1770.* iunctim edit. p. 72.)

22) *L. 2. §. 1. D. de iudiciis.*

23) Dieß erhellet aus MACROBII *Saturnal.* lib. I. cap. 10. MODESTINUS *L. un. §. ult. D. ad L. Iul. de ambitu*, verglichen mit DIO CASSIUS *Lib. LIV.* pag. 533. Ferner SUETONIUS in *vita Aug.* cap. 32. verglichen mit CALLISTRATUS in *L. 41. pr. D. de recept.* S. CUJACIUS in Observat. Lib. XXI. cap. 32. SIGONIUS de Iudiciis Lib. II. c. 7. *Ant.* AUGUSTINUS de nominib. propr. Pandectar. cap. IV. §. 22 — 24. *Iac.* LECTIUS ad Modestinum de poenis L. ult. ad Leg. Iul. de ambitu pag. 140. *van* BYNKERSHOEK Obs. I. R. Lib. VI. c. 17. BACH Histor. Iurispr. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. II. §. 13. und besonders *Math.* TEMMINCK in Diss. ad Fragmenta quaedam Legis Iuliae de iudiciis.

sar der Dictator, wie viele Rechtsgelehrten irrig geglaubt haben [24]), stellte hierdurch, wahrscheinlich ums Jahr der Erb. Roms 730. [25]), die durch die bürgerlichen Kriege so sehr in Verwirrung gerathene Justitzverfassung wieder her [26]), und bestimmte in zwey verschiedenen Abschnitten die Form der bürgerlichen und peinlichen Gerichte [27]). Daher die Namen *Lex Iulia iudiciaria* [28]), *Lex Iulia iudiciorum publicorum* [29]), woraus Brisson [30]) und Noodt [31]) ohne genugsamen Grund verschiedene Gesetze machen wollen [32]). Was nun August in diesem Gesetz von der Erstreckung

ciis. *Traject. ad Rhen.* 1757. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. nov. Dissertat. iurid. in Academ. Belgic. habitar.* Tom. II. Vol. II. N. 2. pag. 73.)

24) Z. B. *Lud.* CHARONDAS ad L. 1. D. de iudic. *Paul.* MANUTIUS de Legibus c. 15. *Vincent.* GRAVINA de LL. et SCtis §. 99. *Iac.* GRONOVIUS ad Gellii Noct. Attic. Lib. XIV. c. 2. u. a. m. Allein TEMMINCK in der angeführten Dissertat. Cap. I. pag. 71. hat diesen Irrthum gründlich widerlegt.

25) DIO CASSIUS cit. loc. und ASCONIUS PEDIANUS in arg. Orat. Cic. pro M. Scauro.

26) SUETONIUS in *vita Augusti* c. 32.

27) TEMMINCK a. a. O. S. 75.

28) *L. un. §. ult. D. ad Leg. Iul. de amb.*

29) *L. 12. §. 2. D. de accusat. et inscript. L. 10. princ. D. de grad. et adfin.*

30) Select. Antiquitat. iuris Lib. IV. cap. 7.

31) de Iurisdictione Lib. II. cap. 12.

32) Die in den Gesetzen vorkommende verschiedene Benennungen beweisen dieß wenigstens nicht. Denn es ist eine bekannte Wahrheit, daß die röm. Rechtsgelehrten einem Gesetz von dem

streckung der Gerichtsbarkeit verordnet hat, führt zwar Ulpian nicht vollständig an [33]), allein es läßt sich solches aus einer andern Stelle dieses römischen Rechtsgelehrten [34]) schliessen, wo er wenigstens den Sinn des Gesetzes durch folgende Worte ausdrückt: *Si se subiiciant aliqui iurisdictioni, et consentiant; inter consentientes cuiusvis iudicis, qui tribunali praeest, vel aliam iurisdictionem habet, est iurisdictio.* Hieraus ergiebt sich also, was Prorogation der Gerichtsbarkeit heißt, welche also darin besteht, wenn sich die Partheyen durch Uebereinkunft der Jurisdiction eines Richters unterworfen, welcher sonst nicht competent seyn würde [35]). Das Wort *prorogare* kommt zwar in der Bedeu-

dem verschiedenen Inhalt desselben oft verschiedene Namen beylegen. S. meine Introductio in studium historiae Legum positivarum Germanor. (*Halae* 1731. 8.) Cap. I. Sect. II. §. 19. Not. 3. pag. 31. Es darf uns auch nicht irre machen, wenn Macrobius a. a. O. Leges Augusti iudiciarias anführt. Denn es ist bey den Alten gar nichts ungewöhnliches, ein Gesetz, das aus mehrern Kapiteln besteht, Leges zu nennen. Die Leges Corneliae de sicariis beym SUETONIUS *in vit. Caes.* cap. II. die Corneliae Maiestatis beym CICERO *in Pison.* cap. 21. AMM. MARCELLINUS Lib. XIX. cap. 13. und LL. Iulia et Papia Poppaea, welche sehr oft in unsern Gesetzen unter dem Namen *Leges* angeführt werden, z. B. *L. 3. §. 1. D. de concub.* geben uns genug Beyspiele hiervon, denn alle diese Gesetze waren, jedes für sich, immer nur eins.

33) Er führt *L. 2. §. 1. D. de iudic.* nur die Worte: *quominus inter privatos conveniat*, daraus an.

34) *L. 1. D. de iudiciis.*

35) *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisdictione et imperio Lib. II. Tit. 6. nr. 1. (in *Thes. Meermann.* Tom. II. pag. 295.) Von

der

Bedeutung, in welcher es hier genommen wird, nirgends in dem römischen Gesetzbuche vor. Ulpian [36]), auf dessen Auctorität man sich insgemein beruft, braucht das Wort ausdrücklich nur von der Dauer der Zeit [37]). Allein das canonische Recht [38]) nimmt den Ausdruck *Prorogatio* öfters für eine Ausdehnung der Gerichtsbarkeit über ihre Gränzen, und diesen Sinn hat der Sprachgebrauch adoptirt [39]).

§. 203.

der Prorogation der Gerichtsbarkeit handeln vorzüglich *Frid. Gottl.* STRUV in Diss. de iurisdictione prorogata. Ienae 1708. *Diet. Herm.* KEMMERICH Exercit. de prorogatione iurisdictionis. *Vitemb.* 1727. *Io. Ulr.* CRAMER in Diss. de iurisdictione prorogata. *Marburgi* 1737. (in *Opuscul.* Tom. II. nr. XXIX.) *Io. Aug.* BACH Exercit. iuris civ. de prorogatione iurisdictionis. *Lipsiae* 1756. (in Desselben von Klotz zu Halle 1767. 8. herausgegebenen *Opusculis ad histor. et iurisprud. spectantib.* nr. XI. S. 406. folgg.) *Aug. Cornel.* STOCKMANN in Disputat. de iurisdictione prorogata. *Lipsiae* 1777. und Hr. Hofr. Schnaubert Abh. in wie ferne die Prorogation der Gerichtsbarkeit in Teutschland zulässig sey oder nicht? in Desselben Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrecht 2. Th. (Giesen 1783.) Nr. 3. S. 149. ff.

36) *L.* 2. §. 2. *D. eodem.* Si et iudex ad tempus datus et omnes litigatores consentiant, nisi specialiter principali iussione PROROGATIO fuerit inhibita, possunt TEMPORA, intra quae iussus est litem dirimere, PROROGARI.

37) S. PERIZONII Animadv. histor. cap. VI. pag. 229. seqq. et DRACKENBORCH ad *Livium* XXIII. 25.

38) *Cap.* 32. *et* 40. *X. de offic. et potest. iud. deleg.*

39) Zierlicher würde man mit NOODT de iurisdictione lib. II. c. 12. sagen: *propagare iurisdictionem.* Man sehe auch WISSENBACH ad Pandect. Disput. VI. §. 36. und HUBER in Praelect. ad Pandect. h. t. §. 9.

§. 203.

Nothwendige und freywillige Prorogation. Ausdrückliche und stillschweigende. Ist der bloße Vertrag der Partheyen zur ausdrücklichen Prorogation hinreichend, oder wird hierzu noch die wirkliche Angehung des incompetenten Richters erfodert? Erläuterung der *L. 18. D. de iurisdict.* und *L. 29. Cod. de pact.*

Nach der gemeinen Theorie theilt man die Prorogation der Gerichtsbarkeit ein, in die freywillige und die nothwendige, je nachdem sie entweder durch einen Vertrag der Partheyen, oder durch das Gesetz selbst, auch gegen den Willen der Parthey geschieht, die den Richter über sich anerkennen soll, unter welchem sie eigentlich nicht steht. Es ist auch in der Praxis der Satz außer Zweifel, daß der Beklagte vor demselben Gerichte, wo er belangt worden, den Kläger wieder belangen könne, und daß dieser die Zuständigkeit des angegangenen Richters in Ansehung einer angestellten Wiederklage anzuerkennen verbunden sey, wenn auch der Richter in Rücksicht des Klägers sonst incompetent seyn sollte. Allein in der Theorie wollen viele Rechtsgelehrte, unter den ältern besonders Anton Quintanaduegna[40]), Thomasius[41]) und Noodt[42]), unter den neuern aber Bach[43]), Stockmann,

40) Cit. loc. nr. 7. et 8.

41) in Not. ad Pandect. h. t.

42) de iurisdictione et imperio Lib. II. cap. 12.

43) in der angef. Dissertation §. 3. *Neque enim*, sagt Bach, *cum a lege alicui magistratui defertur in certis causis iurisdictio, quae alioqui eius non erat, prorogari dici potest.*

mann[44]), Thibaut[45]) und Grolmann[46]) dieſe Eintheilung verwerfen, und nur die freywillige Prorogation für ächt halten. Sie glauben vielmehr, richtiger in den Beſtimmungen der Geſetze über die Wiederklage ein gemeinrechtliches forum ſpeciale erkannt zu haben. Es iſt auch nicht zu läugnen, daß die Lex Iulia iudiciorum nur von einer ſolchen Prorogation redet, die durch den Vertrag der Partheyen geſchieht; dieß lehren die Worte dieſes Geſetzes: *quominus inter privatos* CONVENIAT bey Ulpian[47]) ganz deutlich, und die Geſetze des Römiſchen Rechts, welche man zur begründung jener gemeinen Theorie anzuführen pflegt, ſind wirklich noch vielen Zweifeln unterworfen, wie *Ianus a* COSTA[48]) ſehr einleuchtend gezeigt hat. Man glaubt indeſſen, daß diejenige Prorogation, welche die gemeine Schule mit dem Namen der nothwendigen bezeichnet, zuerſt durch eine extenſive Erklärung von den römiſchen Rechtsgelehrten eingeführt, und nachher durch den Gerichtsgebrauch beſtätigt, ſo wie durch neuere Geſetze erweitert worden ſey. Da es hier vor allen Dingen erſt auf die Beſtimmung des richtigen Begriffs einer Wiederklage ankommt; ſo werde ich §. 204. ausführlicher hiervon handeln.

Die

44) cit. Diſputat. §. 2.

45) Syſtem des Pandectenrechts 1. B. §. 552.

46) Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten §. 50.

47) *L. 2. §. 1. D. de iudiciis.*

48) Commentar. in Decretales Gregorii IX. (*Lutet. Pariſior.* 1676. 4.) Lib. II. Tit. 4. pag. 381.

Die eigentliche oder freywillige Prorogation gründet sich nun entweder auf einen ausdrücklichen Vertrag der Partheyen, oder sie wird aus concludenten Handlungen der Partheyen gefolgert, die eine Anerkennung des incompetenten Richters anzeigen. Im ersten Falle heißt sie eine ausdrückliche, im andern aber eine stillschweigende Prorogation. Soviel die erstere anbetrift, so entsteht die Frage, ob der bloße Vertrag der Partheyen allein zur Prorogation genüge, oder ob nicht vielmehr hierzu noch die wirkliche Angehung des incompetenten Richters erfordert werde? Die Rechtsgelehrten sind deshalb verschiedener Meinung. Corasius[49]), Noodt[50]), Schulting[51]), Böhmer[52]) und Kemmerich[53]) behaupten das erstere. Diese erfordern zur ausdrücklichen Prorogation der Gerichtsbarkeit nichts, als den Vertrag der Partheyen. Sie glauben, die bloße Entsagung des ordentlichen Gerichtsstandes sey hierzu hinreichend[54]). Das Civilrecht giebt zwar aus einem bloßen Vertrage keine Klage. Allein hier sey ja auch nicht davon die Rede, daß dem Kläger dieses Vertrags wegen eine neue Klage zustehen soll, sondern daß die Klage, die der Kläger schon vorher nach dem Civil- oder Prätorischen Rechte gegen den Beklagten hatte, bey einem sonst incompetenten Richter erho-

49) Miscellaneor. iuris civ. lib. IV. cap. 5.

50) de iurisdictione Lib. II. c. 12.

51) Enarrat. partis prim. Digestor. h. t. §. 14.

52) Introduct. in ius Digestor. h. t. §. 21.

53) cit. Exercitat. §. 9.

54) *L. 1. D. Si quis in ius voc. non ierit. L. 7. D. qui satisdare cog.*

ben werde. Und da nach dem prätorischen Rechte der bloße Vertrag wenigstens eine Exception oder Replik wirkt, so folge hieraus, daß, wenn etwa der Beklagte sich mit der Einrede des unstatthaften Gerichtsstandes (praescriptio fori) schützen wollte, der Kläger dieselbe sofort durch die Replik des eingegangenen Vertrags oder des Betrugs werde entkräften können. Ueberdem habe auch nicht nur die Lex Iulia iudiciorum, sondern auch Justinian[55]) den Vertrag wegen Prorogirung der Gerichtsbarkeit bestätiget. Allein Voltejus[56]), Huber[57]), Janus a Costa[58]), Bach[59]) und Stockmann[60]) sind anderer Meinung. Diese behaupten, der bloße Vertrag sey zur Prorogation nicht hinreichend; sondern werde erst wirksam, wenn der incompetente Richter von den streitenden Theilen wirklich angegangen worden ist. Solange dieß nicht geschehen, finde noch Willensänderung statt. Diese Meinung wird von den meisten Rechtsgelehrten[61]) vertheidiget, und sie verdient allerdings den Vorzug. Denn wie? wenn den Kläger

55) *L. penult. Cod. de pact.*

56) in Comment. ad Cod. tit. de iurisdict. pag. 84.

57) Praelect. ad Pand. h. t. §. 9.

58) Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Lib. II. Tit. 2. p. 360. in fin.

59) cit. Exercitat. §. 5.

60) Disputat. alleg. §. 3.

61) Unter den neuern sind noch als Vertheidiger dieser Meinung anzuführen C. Grolmann Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten §. 50. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4213. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 154.

Kläger selbst der Vertrag gereuen sollte, und dieser also seine Klage bey dem ordentlichen Richter anbrächte, würde sich wohl der Beklagte mit der praescriptione fori schützen, und die Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters hierdurch ablehnen können? Gewiß nicht! Sodann bestätigt diese Meinung auch eine ganz deutlich Gesetzstelle. *L.* 18. *D. de iurisdict.* Si convenerit, sagt Africanus, ut alius Praetor, quam cuius iurisdictio esset, ius diceret; et priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit: procul dubio nemo compelletur, eiusmodi conventioni stare. Diese Stelle lehrt ausdrücklich, daß die aditio iudicis incompetentis zur Prorogation der Jurisdiction desselben schlechterdings nöthig sey. Noodt und Schulting wollen zwar die Worte *mutata voluntas* von einer Aufhebung des Vertrags verstehen, welche mit beyder Theile Einwilligung geschehen ist. Sie glauben für ihre Erklärung einen wichtigen Grund in den Worten *nemo compelletur* gefunden zu haben. Denn diese beziehen sich unstreitig auf beyde Theile. Allein einmal wird die Redensart mutare voluntatem in unsern Gesetzen nur von dem gebraucht, welchen etwas gereuet[62]). Zum andern, wenn man Noodts Erklärung annehmen wollte, wie in aller Welt hätte Zweifel darüber entstehen können, ob ein Vertrag mit beyder Theile Einwilligung aufgehoben werden könne, so lange ihn die Partheyen noch nicht durch wirkliche Antretung des unstatthaften Richters realisirt hatten? Es konnte auch nicht einmal, wie Kemmerich[63]) dafür hält,

62) Man sehe die Stellen nach bey BRISSONIUS de verborum significat. voc. *mutare.*

63) in der angef. Dissertat. §. X. not. g.

ein scheinbarer Zweifel daher entstehen, ob nicht etwa derjenige Richter, dessen Gerichtsbarkeit zu prorogiren die Partheyen sich vereiniget hatten, die Aufhebung dieses ihres Vertrags für eine Verachtung seines Ansehens aufnehmen, und sie dennoch nöthigen können, ihre Convention zu halten. Denn nach der Verordnung der mehrgedachten Lex Iulia iudiciorum wird nicht einmal consensus Praetoris, nämlich desjenigen, dessen Jurisdiction prorogirt werden soll, erfordert, wie Ulpian [64]) sagt. Ohne die wirkliche Angehung des incompetenten Richters ist also keine Prorogation denkbar. Denn der Richter muß doch wissen, daß die Partheyen, die sonst unter ihm nicht stehen, sich in ihrer Sache seiner Jurisdiction unterworfen haben [65]), wie soll er das erfahren, wenn ihn die Partheyen nicht selbst angehen? wie soll er eine Gerichtsbarkeit über sie ausüben, wenn sie noch nicht vor ihm erschienen sind [66])? Es ist auch hierin durch das neuere röm. Recht nichts geändert worden. Denn die L. 29. Cod. de pactis, welche Voodt [67]) von der Prorogation der Gerichtsbarkeit verstehen will, redet eigentlich nur von der Entsagung eines befreyeten Gerichtsstandes, welche in einer schriftlichen Urkunde

64) *L. 2. §. 1. D. de iudic.*

65) *L. 1. D. eodem.*

66) Mit mir stimmt auch Anton Faber in Rational. in Pandect. ad L. 18. h. t. überein, welcher bey den Worten *mutata voluntas* anmerkt: Ratio decidendi est, iurisdictionem tunc prorogari, cum incipit exerceri, non antea. Actum enim aliquem iurisdictionis esse necessarium, constat ex *L. 2. §. 1. D. de iudiciis*, ibi *et putat suam iurisdictionem.*

67) de Iurisdict. et imperio lib. II. cap. 14.

kunde geschehen ist, und erklärt dieselbe gegen die ehemals hierüber erregten Zweifel der ältern römischen Rechtsgelehrten für gültig [68]). Nun ist zwischen der Prorogation der Gerichtsbarkeit und der Renunciation des Gerichtsstandes ein grosser Unterschied [69]). Letztere erfordert nichts als den Vertrag, die erstere hingegen kann durch den bloßen Vertrag nicht bewirkt werden, sondern erfordert ein solches Factum, wodurch die Partheyen sich der Gerichtsbarkeit des incompetenten Richters unterwerfen, wie Ulpian [70]) in den Worten: Si se subiiciant aliqui iurisdictioni, inter consentientes cuiusvis iudicis, qui iurisdictionem habet, est iurisdictio, deutlich genug zu verstehen giebt. Ferner vermöge der Prorogation wird der eigene und ordentliche Richter in einer gewissen Sache gänzlich ausgeschlossen, und der Streithandel an einen andern incompetenten Richter gebracht; die Renunciation des Forums hingegen legt bloß demjenigen, der einen befreyten Gerichtsstand hat, die Nothwendigkeit auf, sich in der ge-

 gen-

68) Dieß zeigen die Worte: *Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit, non usurum fori praescriptione, propter cingulum militiae suae, vel dignitatis, vel etiam sacerdotii praerogativam; licet antea dubitabatur: si oporteret eandem scripturam tenere —. Sancimus, nemini licere, adversus pacta sua venire, et contrahentes decipere.* Man vergleiche hier vorzüglich *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisd. et imperio Lib. II. Tit. 6. nr. 17. seqq. und *Io.* STRAUCHII Exercitat. ad quinquaginta Decisiones Iustiniani Imp. Dissertat. I. cap. 2 — 5.

69) *El. Aug.* STRYKII Disquis. for. de efficacia renunciationis fori hodierna ad L. pen. C. de Pact. *Francof. ad Viadr.* 1688. BACH cit. Dissert. §. 5. STOKMANN all. Disput. §. 3. pag. 20.

70) *L. 1. D. de iudiciis.*

genwärtigen Streitsache seines Privilegiums nicht zu bedienen, sondern die Gewalt des gemeinen Richters anzuerkennen. Die Renunciatio fori setzt also immer voraus, daß der Beklagte einen befreyeten Gerichtsstand habe. Weil nun nach dem römischen Rechte kein Privilegium fori von der Wirkung ist, daß der Privilegirte hierdurch von aller Gerichtsbarkeit des ordentlichen Richters, unter welchem er eigentlich nach dem gemeinen Rechte stünde, gänzlich und schlechterdings eximirt wird, sondern nur so viel wirkt, daß er, wenn er will, den Kläger an seinen privilegirten Richter zurückweisen, sich aber auch, seines Privilegiums ungeachtet, noch immer vor dem gemeinen Richter auf die Klage einlassen kann, so war freylich die Entsagung des befreyeten Gerichtsstandes in soferne gültig, daß der in foro communi wider den Privilegirten angestellten Klage nun keine praescriptio fori mehr entgegengesetzt werden konnte. In dieser Hinsicht haben also die Entscheidungsgründe Justinians in der angeführten Decision ihr vollkommenes Gewicht. Si enim, dieß sind Justinians Worte, ex ipso Praetoris edicto pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt: quare et in hac causa pacta non valeant? Cum alia sit regula iuris antiqui, omnes licentiam habere his, quae pro se introducta sunt, renunciare. Allein mit der Prorogation verhält es sich ganz anders. Diese betrift das Forum, was ein jeder nach dem gemeinen Rechte hat. Da nun solches zur Ordnung der Gerichte gehört, welche nicht zum Besten einzelner Bürger, sondern zum gemeinen Besten des Staats festgesetzt ist, so kann es durch bloße Renunciation nicht aufgehoben werden. Hier konnte also nur die wirkliche

Ver-

Verhandlung vor dem incompetenten Richter eine Prorogation bewirken. Der bloße Vertrag hingegen, priusquam adiretur, wie Africanus sagt, war unverbindlich. So hängt, wie mir deucht, alles vollkommen genau zusammen[71]), ohne mit Voet[72]) annehmen zu dürfen, daß African bloß dem Kläger, zu dessen Vortheil gemeiniglich der Prorogationsvertrag eingegangen zu werden pflegt, die freye Willensänderung gestatte, so lange derselbe seine Klage bey dem incompetenten Richter noch nicht angestellet hat; Justinian hingegen blos von dem Beklagten rede, und diesem die Freyheit benehme, durch Vorschützung der Einrede eines befreyeten Gerichtsstandes, das erworbene Recht des Klägers nichtig zu machen. Denn

71) Vielleicht steht hier eine Stelle aus *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad L. 18. h. t. nicht am unrechten Orte. Dieser sucht die L. 18. mit der L. pen. C. de pact. folgendermaßen zu vereinigen. *Qui competens magistratus est*, sagt er, *iurisdictionem habet, etiam in invitum*, L. 4. C. de iurisdict. L. 83. §. 1. D. de verb. obligat. *sed qui est incompetens, non potest habere, nisi in volentem*, L. 6. §. 10. D. de iniusto rupt. et irrit. test. *volens autem intelligitur, non qui voluit, sed qui vult eo praecise tempore, quo exercetur primus actus iurisdictionis. Interim igitur locus est poenitentiae. Non idem est, si quis promiserit, se non usurum praescriptione fori*, L. pen. C. de pact. *praescriptio enim illa non habet locum, nisi adversus ordinariam et competentem iurisdictionem: ideoque, si non opponatur, non ideo minus valet sententia: adeoque, si opponatur post litem contestatam.* d. L. 4. C. h. tit. L. ult. C. de except. Auch nicht ohne Nutzen wird man hier die gelehrte Anmerkung bey GEBAUER in Comment. acad. de iurisdictione Cap. I. §. XVI. Not. a. pag. 50. nachlesen.

72) in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 27.

die Worte: nemo compelletur, eiusmodi conventioni stare, in der Stelle Africans, gehen ohne allen Zweifel auf beyde Theile [73]).

Soviel hiernächst die stillschweigende Prorogation anbetrifft, so erfordert nun dieselbe

1) von Seiten des Klägers, daß er bey einem sonst nicht zuständigen Richter absichtlich seine Klage anbringe, und die Erlassung einer Citation an den Beklagten bewirke [74]);

2) von Seiten des Beklagten aber, daß er sich nicht nur vor dem citirenden Richter stelle, sondern auch sich absichtlich vor demselben auf die Klage einlasse, ohne sich der Ausflucht des nicht zuständigen Richters zu bedienen [75]). Denn erst durch die Litiscontestation erklären die Partheyen ihre wechselseitige Absicht, den Rechtsstreit, so wie er angefangen worden, fortsetzen und beendigen zu wollen [76]). Daher ist die bloße Erlassung einer Ladung so wenig als die bloße

73) Eben dies bemerkt auch FABER in Rational. a. a. O. wo er sagt: *Nemo*, id est, neuter.

74) *L. 4. C. de in ius voc.* Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 50.

75) *L. 30. L. 52. pr. D. de iudic. L. un. Cod. de lit. contest. L. ult. C. de except.* Man pflegt zwar auch *L. 4. C. de iurisd.* hierher zu ziehen. Allein die Worte: *post litem contestatam* sind ein unächter Zusatz; man sehe *Iac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad L. 6. Cod. Theodos. de Iurisdict. T. I. pag. 95. ed. *Ritteri.* NOODT de iurisd. et imp. lib. II. c. 13. VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 20.

76) MALBLANC Conspect. R. I. §. 155.

bloße Edition oder Zustellung der Klage hinreichend. Denn die Edition der Klage zeigt erst einen künftigen Proceß an, und dient vor der Hand nur dazu, daß der Beklagte bey sich überlegen kann, ob er den Kläger lieber in Güte befriedigen, oder sich mit ihm in einen Rechtsstreit einlassen soll. Daher sagt **Modestin**[77] ausdrücklich: Non videtur in judicem consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis. Es wird demnach zur stillschweigenden Prorogation nothwendig erfordert, daß der Beklagte vor dem incompetenten Richter absichtlich litem contestire. Denn so lange die litis contestatio nicht geschehen ist, findet noch praescriptio fori statt[78]). Diese fällt aber weg, sobald lis contestirt worden ist.

Uebrigens können nur diejenigen die Gerichtsbarkeit freywillig prorogiren, welche die Fähigkeit zu paciſciren, und streitige Rechtshändel vor Gericht zu betreiben, haben[79]). Daß jedoch im Namen der Unmündigen und Minderjährigen deren Vormünder und Pfleger die Jurisdiction prorogiren können, ist ausser Zweifel[80]). Ein Procurator hingegen kann, ohne einen besondern Auftrag von seinem Principal erhalten zu haben, einen solchen Vertrag nicht eingehen.

Auf

77) *L. 33. D. de iudiciis.* Add. *L. un. C. de litis conteſtat.*

78) Beruhet die Prorogation der Gerichtsbarkeit auf einem ausdrücklichen Vertrage der Partheyen, so wird auf Seiten des Beklagten zur Begründung des Gerichtsstandes die Litis contestatio nicht erfordert, wie VINNIUS de iurisdictione cap. XI. §. 6. gezeigt hat.

79) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9.

80) KEMMERICH alleg. Exercit. §. XIII. und STOCKMANN cit. Disputat. §. IV.

Auf Seiten der Partheyen muß ferner kein offenbarer Irrthum zum Grunde liegen. Der Beklagte muß demnach gewußt haben, daß er sich vor einem incompetenten Richter einlasse. Hätte er den Richter aus Irrthum für competent gehalten, so ist die Prorogation ohne Wirkung. Dies bestätigt Ulpian *lib. II. de omnibus Tribunalibus*[81]) in folgenden Worten: Si per errorem alius pro alio praetor fuerit aditus, nihil valebit, quod actum est: nec enim ferendum est, qui dicat consensisse eos in praesidem (besser lieset Cujaz[82]) *praesentem*): cum, ut IULIANUS scribit, non consentiant, qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit? Ein anders ist, wenn der Beklagte nach entdecktem Irrthume das vorher geschehene genehmigen, und bey diesem Richter bleiben will. Auf Seiten des incompetenten Richters schadet der Irrthum nichts. Dieß ist wenigstens die Meinung Ulpians[83]), welcher Justinian durch die Aufnahme derselben in das Gesetz-

81) *L. 15. D. de iurisdict.* add. *L. 2. pr. D. de iudic.*

82) Observat. Lib. I. cap. 32. *In praesentem*, id est, in eum Praetorem, quem per errorem adierunt. Ihm stimmt auch *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. bey. Allein *Franc.* HOTOMANNUS Observat. Lib. IV. c. 9. und *Nic.* CATHARINUS Observat. libro ad h. L. lesen *praetorem*. Man sehe über diese verschiedenen Lesearten und Erklärungen vorzüglich *Ant.* QUINTANADUEGNA de iurisd. et imp. Lib. II. Tit. 6. nr. 10. seqq.

83) *L. 2. §. 1. D. de iudiciis.* Si privati consentiant, Praetor autem ignoret consentire, et putat suam iurisdictionem: an Legi satisfactum sit, videndum est? et *puto posse defendi, eius esse iurisdictionem.* Die Art, wie sich Ulpian ausdrückt, zeigt indeß, daß die Sache unter den röm. Rechtsgelehrten nicht ganz ausser Zweifel müsse gewesen seyn. S. NOODT de Iur. et Imp. Lib. II. c. 14.

Gesetzbuch der Pandecten die Kraft eines Gesetzes mitgetheilt hat. Sie ist auch der Lex Iulia nicht zuwider. Denn diese erfordert nur den Consens der Partheyen. Es ist also zur Prorogation wenigstens keine ausdrückliche Einwilligung desjenigen Magistrats nöthig, dessen Gerichtsbarkeit erstreckt wird, obwohl freylich der fremde Richter nicht wider seinen Willen gezwungen werden kann, daß er Partheyen Recht spreche, die nicht unter ihm stehen [84]).

Eine andere Frage ist, ob die durch Prorogation begründete Gerichtsbarkeit, auch ohne Einwilligung des angegangenen fremden Richters aus bloßer Willkühr der Partheyen, wieder aufgehoben werden könne? Lauterbach [85]), Kemmerich [86]) und Slevogt [87]) sprechen den Partheyen diese Freyheit ab, weil es eine Verachtung des richterlichen Ansehens sey, und auch von den Gesetzen dafür aufgenommen werde [88]); soferne nicht etwa die Partheyen ihren Rechtsstreit durch einen Vergleich beylegen wollten, denn dieses könnte ihnen der prorogirte Richter freylich nicht wehren [89]). Allein Voet [90]) ist ganz anderer Meinung. Er glaubt, daß durch die wechselseitige Einwilligung der strei-

84) QUINTANADUEGNA c. l. nr. 7. et 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 29. BACH cit. Diss. §. 3. in *Opusc.* pag. 411.

85) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 34.

86) cit. Exercitat. §. XIV. in fin.

87) in Diss. de poenitentia. (*Ienae* 1694.) Cap. 2. §. 26.

88) *L. 11. D. de recept. qui arbitr. receper.*

89) *L. 1. D. de novi oper. nunc.*

90) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 26.

streitenden Partheyen die prorogirte Gerichtsbarkeit auch gegen den Willen des angegangenen fremden Richters aufgehoben und geendiget werden könne. Die Regel: daß ein jeder Rechtshandel bey demjenigen Gerichte geendiget werden müsse, bey welchem er angefangen worden ist, stehe dieser Befugniß nicht im Wege. Denn diese Regel habe keinen andern Sinn, als daß kein Theil wider den Willen des andern den einmal anhängig gemachten Rechtsstreit vor ein anderes Gericht ziehen dürfe. Allein kein Gesetz verbiete den Partheyen, mit ihrer beyderseitigen Einwilligung den einmal fundirten Gerichtszwang zu verändern. Es stehe ihnen vielmehr frey, sogar den angegangenen ordentlichen Richter wieder zu verlassen, und ihren Rechtsstreit einem Schiedsrichter zur Entscheidung zu übertragen [91]). Mich dünkt, es sey ein Unterschied zu machen, ob die Partheyen mit Entsagung des angefangenen Processes die beym prorogirten Richter begründete Gerichsinstanz völlig verändern, und den Proceß bey einem andern Richter von neuen anfangen, oder ob sie denselben mit Abforderung der Acten bey einem andern Richter nur fortsetzen wollen. Im letztern Falle ist freylich wohl der Consens des prorogirten Richters erforderlich, denn es würde ein Eingriff in seine Rechte auf die von ihm geführten Acten seyn. Im ersten aber halte ich diese Einwilligung darum nicht für nöthig, weil durch die Prorogation nur unter den prorogirenden Partheyen selbst, nicht aber mit dem Richter ein Vertrag eingegangen wird. Dieser erlangt also kein Recht daraus, die Partheyen zu nöthigen, daß sie den Proceß vor ihm fortsetzen sollen, weil sonst in dem entgegengesetzten Falle das in den Partheyen

91) *L. 9. §. 5. L. 10. L. 11. pr. D. de arbitr.*

theyen möglicher weise gegen ihn rege werdende Mißtrauen dem Proceß eine dem Staate nicht gleichgültige längere Dauer geben würde. Steht es überdem den Partheyen frey auch ohne Genehmigung des Richters sich zu vergleichen, ferner liti und causae zu renunciren, ja die Streitsache selbst mit Verlassung des angegangenen ordentlichen Richters an einen Schiedsrichter zu bringen, so muß ihnen auch gleiches Recht gegen einen prorogirten Richter zustehen, weil diesem nicht mehr Recht, wie dem ordentlichen Richter, zukommen kann[92]).

§. 204.

Giebt es eine nothwendige Prorogation der Gerichtsbarkeit durch Reconvention nach dem röm. Rechte? Begriff der Wiederklage. Erläuterung der *L.* 22. *D. de iudic.* *L.* 11. §. 1. *D. de iurisdict.* *L.* 1. §. 15. *D. de extraord. cognit.* *L.* 5. *pr. C. de fruct. et lit. expens.* *L.* 14. *C. de sentent. et interloc. iudic.* und *Nov.* 96. *c.* 2. Wirkung der Reconvention.

Mehrere Rechtsgelehrte wollen einen Grund zur Prorogation der Gerichtsbarkeit auch aus einer gesetzlich fin-

92) Mit mir stimmen überein MEVIUS in Decisionib. Tom. I. Part. III. Decis. 139. u. 140. *Io. Andr.* FROMMANN Comment. de iure variandi. (*Tubingae* 1681.) Cap. III. Membr. VII. n. 326. pag. 104. Man sehe auch Joh. Fried. Wilh. Lammers Untersuchung der Frage: Ob und in wie ferne die Renunciation auf einen vor incompetenter Gerichtsstelle verhandelten Rechtsstreit von rechtlicher Wirkung seyn könne? Bayreuth 1795. 8. und *Chr. Iust. Iac.* IENISCH Diss. quatenus a prorogata per conventionem iurisdictione recedere liceat s. ad L. 18. D. de iurisd. *Goettingae* 1797. 8.

fingirten Einwilligung herleiten [93]). Sie finden nämlich in der Anstellung einer Klage eine solche concludente Handlung, woraus die Verbindlichkeit, die Zuständigkeit des angegangenen Richters in Ansehung einer angestellten Wiederklage anzuerkennen, gesetzlich fließe. Denn die Gesetze, sagt man, halten es für billig, daß der Kläger sich der Gerichtsbarkeit und dem Ausspruche desselben Richters in Ansehung der Forderungen des Beklagten unterwerfe, den er als Kläger für sich gewählt hat. Diese Prorogation, welche durch die Wiederklage geschieht, pflegt man die nothwendige zu nennen. Daß nach der heutigen Praxis eine Wiederklage die Wirkung habe, daß durch sie die Gerichtsbarkeit eines sonst nicht zuständigen Richters begründet werden könne, wenn sie nur vor dem Beschluß der Verhandlungen über die Vorklage noch angestellt wird, leidet keinen Zweifel. Ob aber auch dieses dem römischen Rechte gemäß sey, ist eine andere Frage. Es kommt hier vor allen Dingen auf die richtige Bestimmung des Begriffs einer Wiederklage an. Man versteht darunter eine von dem nämlichen Beklagten wider den nämlichen Kläger vor eben dem Richter angebrachte Klage, bey welchem erster in Anspruch genommen worden ist [94]).

Diese

93) Auffer unsern Verf. vergleiche man auch MALBLANC in Conspect. rei iudic. §. 155. nr. III. p. 284.

94) Hierher gehören vorzüglich folgende Schriften: *Theoph.* GISEBERT Tr. de reconventione. *Colon. Agryp.* 1735. *Roman.* TELLER Diss. de reconventione veteri et hodierna. *Lipsiae* 1759. *Io. Aug.* CLEEMANN Disp. de mutuis petitionibus. *Lipsiae* 1770. und *Car. Guil.* ROBERT Disquisit. de non usu practico distinctionis inter mutuam petitionem atque reconventionem in Camera imperiali. *Wetzlariae* 1782. 4.

Diese Wiederklage ist demnach eine von der gegen den Beklagten angestellten Vor, oder Hauptklage (Conventio) ganz verschiedene Klage, und hierdurch unterscheidet sie sich von einer so genannten actio duplex, wo eine jede Parthey gleiches Recht hat, und derjenige, welcher der Kläger ist, nothwendig auch Beklagter seyn muß. Dies ist der Fall bey den Theilungsklagen[95]). Jeder kann zwar auf die Theilung dringen, der mit seinem Mitgenossen die Gemeinschaft nicht länger fortsetzen will. Allein derjenige, der als Kläger auftritt, muß sich's wegen des dem Beklagten an der gemeinschaftlichen Sache zustehenden gleichen Rechts, desgleichen wegen der bey Theilungen vorkommenden Gegenforderungen auch gefallen lassen, selbst Beklagter zu seyn. Denn sonst müßte die Klage getheilt werden, welche doch, da sie nur eine ist, ihrer Natur nach nicht getheilt werden kann[96]). Die Reconvention ist ferner von der Einrede der

95) IULIANUS *L. 10. D. fin. regundor.* Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum, tale est, ut in eo singulae personae duplex ius habeant, agentis, et eius, quo cum agitur. CAJUS *L. 11. §. 2. D. h. t.* Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiae herciscundae, communi dividundo, finium regundorum: utrum singulae partes spectandae sunt circa iurisdictionem eius, qui cognoscit? quod OFILIO et PROCULO placet: quia unusquisque de parte sua litigat: an potius tota res in iudicium venit et vel uni adiudicari potest? quod et CASSIO et PEGASO placet, sane eorum sententia probabilis est. Conf. *Sim. Pet.* GASSER D ss. de iudicio duplici eiusque genuino conceptu. *Halae* 1736.

96) Ueber die Bestimmung und Berichtigung des ächten Begriffs der Reconvention ist vorzüglich *Ant.* FABER in Coniectur. iuris civ. (*Aureliae Allobrog.* 1609. f.) Lib. XX. cap. 5. nachzusehen.

der Compensation zu unterscheiden. Denn diese hat nur zunächst die Entbindung von der Klage zur Absicht, jene aber wird, wie eine jede andere Klage, zu dem Ende gebraucht, daß der Kläger, als Wiederbeklagter, dem Beklagten und Wiederkläger etwas zu leisten verurtheilt werde. Man setze also den Fall, der Verkäufer eines Grundstücks klage actione venditi auf die Bezahlung des Kaufgeldes, der Beklagte aber belange dagegen den Kläger mit der actione emti auf das Interesse, weil das ihm verkaufte Grundstück mit Servituten beschwert ist, welches ihm doch der Kläger als ein ganz freyes, und, wie die Alten sagten, uti optimus maximusque esset, verkauft habe, so ist dieses eine wahre Reconvention. Der Name reconventio kommt in den Gesetzen selbst nicht vor, sondern diese sagen *mutua actio*, *mutua petitio* [97]). Eben dieser Ausdruck wird auch in den Decretalen gebraucht. Denn der vierte Titel des zweyten Buchs ist überschrieben de mutuis petitionibus. Der Ausdruck *reconventio* scheint vom Accursius herzustammen. Denn man findet ihn in der Rubrik der Novelle 96. *de executoribus et his, qui conveniuntur, et reconveniuntur.* Daß aber diese Rubriken nicht von Justinian, sondern von den Glossatoren herrühren, ist eine bekannte Wahrheit. Eine Gegenklage gestatten nun die Gesetze theils zur Abkürtzung der Proceße, theils um in solchen Fällen, in welchen keine Compensation Statt hatte, nicht nur eine Compensation, sondern auch eine Verurtheilung des Klägers zu bewirken.

97) *L. 11. D. h. t. L. 1. §. ult. D. de extraord. cognit. L. 38. D. mandati. L. 6. C. de compensat. L. 1. Cod. rerum amotar.*

ken[98]). Ob aber der Beklagte auch schon nach dem römischen Rechte vor demselben Gerichte, wo er belangt worden, den Kläger habe wiederbelangen können, wenn gleich der Richter in Rücksicht des Klägers incompetent war, und ob also das, was die heutige Praxis ohne allen Zweifel für Recht hält, aus dem römischen Recht herzuleiten sey, ist sehr zweifelhaft. Diejenigen, welche mit Cujaz[99]) dieses zu bejahen kein Bedenken finden, führen eine Menge Gesetzstellen an, welche aber etwas genauer geprüft zu werden verdienen.

Man beruft sich zuerst auf eine Stelle aus Paulus *libro* 3. *ad Plautium*[100]), wo er sagt: Qui non cogitur in aliquo loco iudicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones, et ad eundem iudicem mitti. Allein in dieser Stelle ist von keiner Reconvention die Rede, die vor einem in Ansehung des Klägers incompetenten Richter geschiehet, sondern sie ist vielmehr von dem privilegio revocandi domum zu verstehen[1]). Bey den Römern war nämlich die Stadt Rom bekanntermaßen der allgemeine Gerichtsstand aller Unterthanen des römischen Reichs, wenn sie nur daselbst anwesend waren, sie mochten

98) *L.* 1. §. *ult. D. Quae sentent. sine appellat. rescind. L.* 1. *C. rer. amotar. L.* 18. §. 4. *D. commodati.* §. 30. *I. de action.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XVII. cap. 18. p. 993. TELLERI cit. Diss. §. 2.

99) Observation. Lib. XII. c. 1. XXII. 2.

100) *L.* 22. *D. de iudiciis.*

1) Ge. *Ad.* STRUV Diss. de iure et privilegio revocandi domum. *Ienae* 1691. CLEEMANN cit. Dissertat. §. 4. TELLER cit. Diss. §. 4.

übrigens in einer Provinz oder Municipium wohnen, wo sie wollten [2]). Hier war also ein jeder sich einzulassen schuldig, und niemand durfte sich mit der Ausflucht des unstatthaften Gerichtsstandes schützen. Nur einigen war das Privilegium ertheilt worden, daß, wenn sie etwa, während ihres Aufenthalts in Rom, daselbst belangt werden wollten, sie verlangen konnten, daß die Sache gegen Cautionsleistung an den Richter ihres Wohnorts verwiesen werde. Dieses hieß *privilegium revocandi domum*. Wer dieses vorschützte, behauptete nicht, daß die Obrigkeit, vor welche er war geladen worden, incompetent sey, sondern daß die Gerichtsbarkeit derselben, die sie sonst ausüben könnte, in gegenwärtigem Falle ruhen müsse. Daher war die Einrede des unstatthaften Richters ganz davon verschieden [3]). Dieses privilegium revocandi domum fiel jedoch alsdenn weg, wenn man an dem Orte, wo man belangt wurde, zuvor selbst gegen einen andern geklagt hatte. In diesem Falle konnte man nicht nur von seinem Gegner, sondern auch von einem jeden andern daselbst wieder in Anspruch genommen werden. Hier geschahe also keine Erstreckung der Gerichtsbarkeit durch Reconvention, da mehrgedachtes Privilegium jederzeit ein forum competens voraussetzte. Man führt weiter zum Beweis eine Stelle aus Cajus

2) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 511. S. 255. folgg.

3) CUJACIUS in Recitat. solemn. ad §. 3. L. 2. D. de iudic. hat diesen Unterschied am besten auseinander gesetzt. Er sagt: RE-VOCANT FORUM, *qui utuntur praescriptione fori, ratione militiae, dignitatis, aut sacerdotii, aut qui vocatus ad iudicem incompetentem invocat competentem.* — DOMUM *autem* REVOCAT *is, qui vocatur ad forum non omnino incompetens, et tamen postulat litem transferri in locum sui domicilii.*

Cajus *lib. I. ad Edictum provinciale* [4]) an, wo es heißt: Sed et ſi mutuae ſunt actiones, et alter minorem quantitatem, alter maiorem petat: apud eundem iudicem agendum eſt ei, qui quantitatem minorem petit; ne in poteſtate calumnioſa adverſarii mei ſit, an apud eundem litigare poſſim. Es wird hier eine ſolche Obrigkeit vorausgeſetzt, welche die Jurisdiction nur bis auf eine gewiſſe Summe über ihre Bürger hat. Von dieſer Art waren bey den Römern die Municipalobrigkeiten [5]), von deren Gewalt Cajus im erſte Buche ſeines Commentars über das Edictum provinciale handelte [6]). Proceſſe, deren Gegenſtand die beſtimmte Summe überſtieg, gehörten nicht für ſie, ſondern vor den Präſes der Provinz. Nun ſetze man den Fall, Cornelius, ein Bürger eines Municipium's, habe den Lentulus, der eben daſelbſt Bürger iſt, vor dem Stadtmagiſtrat belangt. Cornelius klagt auf eine Summe, wegen welcher die Entſcheidung des Streits noch innerhalb den Gränzen der Jurisdiction des Municipalrichters liegt. Allein Lentulus ſtellt eine Gegenklage an, welche diejenige Summe um ein merkliches überſteigt, bis auf welche die Jurisdiction des Richters gehet. Es fragte ſich alſo, ob die Vorklage um der Wiederklage willen bey dem Richter, bey welchem ſie war angeſtellt worden, Statt finde, oder ob ſie nicht vielmehr an den Präſes der Provinz zu verweiſen ſey? Cajus entſcheidet nun dieſen Fall ſo: *apud eundem agendum eſſe.*

4) *L. 11. §. 1. D. de iurisdict.*

5) PAULUS in *Sentent. Recept.* Lib. V. Tit. 5. A. §. 1.

6) *L. 29. D. ad municipal.* die auch ex lib. I. *Caji* ad Ed. prov. genommen iſt.

Diese Worte versteht man nun gemeiniglich so, als wenn beyde Klagen bey dem nämlichen Municipalbeamten zu verhandeln gewesen wären, und der Wiederbeklagte sich der Einrede des unstatthaften Gerichtsstandes nicht hätte bedienen können; vielmehr der Richter, der sonst in Rücksicht der Reconvention nicht competent gewesen wäre, dennoch es um der angestellten Vorklage willen geworden sey [7]). Allein daß die Worte *apud eundem iudicem* nicht auf beyde Klagen gehen, erhellet aus den Worten agendum est ei, *qui minorem quantitatem petit*, ganz klar. Denn giengen sie zugleich auf den Wiederkläger, so hätte es ja heissen müssen: *qui maiorem quantitatem petit* [8]). Der Sinn der Stelle geht also offenbar dahin, die Vorklage sey in dem vorliegenden Falle um der Wiederklage willen nicht zu interrumpiren, sondern bey dem Richter, vor welchem sie einmal angestellet worden, fortzusetzen und zu verhandeln, die Wiederklage hingegen an den Präses der Provinz zu verweisen, weil deren Entscheidung die Gewalt des Municipalsrichters übersteigt [9]). Es ist zwar sonst eine Regel des römischen Rechts, maior quaestio minorem causam ad se trahit, welche auch Paulus *lib. I. sententiarum* [10]) anführt.

7) VOET in Comm. ad Dig. Tit. de iudic. §. 85. *Io. Aug.* CLEEMANN cit. Diss. §. 5.

8) Einige wollen auch wirklich statt minorem quantitatem, *maiorem* lesen, allein verlassen von aller Auctorität der Manuscripte, welche, so wie insonderheit auch die Florentinische Handschrift der Pandecten, ohne Ausnahme *ei, qui minorem quantitatem petit*, lesen. Daher verwirft jene Emendation mit Recht *Ian. a* COSTA ad Decretal. pag. 390.

9) TELLER cit. Diss. §. 7.

10) *L. 54. D. de iudiciis.*

anführt. Allein von dieser Regel konnte hier kein Gebrauch gemacht werden, weil sonst der Kläger der Chicane seines Gegners immer ausgesetzt gewesen wäre, wenn es diesem nicht gefallen hätte, sich vor der Municipalobrigkeit einzulassen, sondern ihm eingefallen wäre, den Proceß, zu nicht geringem Nachtheil des Klägers, an den Präses der Provinz zu spielen. Er hätte nur dürfen eine Gegenklage anstellen, und diese aus Chicane auf eine höhere Summe richten, als worüber der Municipalbeamte erkennen konnte. Diesen Entscheidungsgrund führt auch Cajus selbst an, wenn er sagt: *ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem iudicem*, das ist, apud eum, quem semel accessi, iudicem, *agere possim.* Anton Faber[11]) will zwar diese letzten Worte ebenfalls von dem Beklagten verstehen, welcher, wohl wissend, daß er weniger zu fordern hat, dennoch die Wiederklage aus Chicane auf eine grössere Summe richtete, damit er sich nur nicht bey dem Richter, vor welchem er zuerst belangt worden ist, einlassen dürfe; er will daher statt *calumniosa* lieber calumniosi lesen, auch die Worte *agere possim* in agere possit verändern. Allein hierzu ist kein genugsamer Grund vorhanden. Denn die letztern Worte gehen offenbar auf den Kläger, welcher zuerst geklagt hatte, wie in dem vorhergehenden gezeigt worden ist.

Man verbindet damit ferner eine Stelle aus Ulpians *lib.* 8. *de omnibus Tribunalibus*[12]), wo dieser Jurist sagt.

11) Rational. in Pandect. ad h. L. Diese Emendation hat auch bey SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Ex. VI. §. 19. Beyfall gefunden.

12) *L. 1. §. 15. D. de extraord. cognit.*

Haec omnia si apud Praesides petantur, videamus, an *de mutuis petitionibus* Praesides possint cognoscere, et putem debere admitti. Es ist bekannt, daß die Präsides bey den Römern in gewissen Fällen selbst sprechen, in andern aber den Partheyen auf ihr Verlangen einen Judex bestellen mußten. Nun setze man, Titius klagte gegen den Sempronius bey dem Präses der Provinz in einem solchen Falle, wo der Präses selbst cognosciren mußte; Sempronius hingegen stellte eine Gegenklage an, welche eine solche Sache zum Gegenstand hatte, wo der Präses eigentlich nach der Prozeßordnung den Partheyen einen Judex zu bestellen hatte. Hier entstand nun die Frage, ob der Präses auch in der Wiederklage selbst sprechen konnte? Ulpian entscheidet diese Frage bejahend. Hier ist es nun wohl einleuchtend genug, daß von einer Prorogation der Gerichtsbarkeit auf einen sonst incompetenten Richter gar nicht die Rede sey. Der Präses war hier in Ansehung der Vor- und Nachklage die competente Obrigkeit, die Frage betraf nur die Form, den ordinem iuris [13]).

Janus a Costa [14]), der übrigens darin einverstanden ist, daß sich aus den angeführten Gesetzstellen kein Beweis für die Verbindlichkeit des Klägers, die Zuständigkeit des angegangenen Richters auch gegen sich in Ansehung einer angestellten Wiederklage anzuerkennen, hernehmen lasse, glaubt indessen, den Ursprung dieses Rechts in einer Verordnung des Kaisers Zeno [15]) entdeckt zu haben. Diese Constitution

13) *Ian. a* COSTA Commentar. in Decretal. Gregorii IX. pag. 383. in fin. et seq.

14) a. a. O. pag. 393.

15) *L. 5. pr. C. de fruct. et litium expens.*

tion ist jedoch verlohren gegangen, und von Cujaz [16]) blos ihrem Inhalte nach aus den Basiliken restituirt worden. Sie gehört also zu den legibus Codicis restitutis, welche nicht gloßirt sind. So wie sie Cujaz restituirt hat, lautet sie folgendermassen: Neque tantum actor et reus (in expensas) condemnantur, cum iudex utrique competens est, verum etiam *cum non est iudex actoris competens*, qui tamen *ex reconventione* victus sit, nec eum iudicem recusare possit: sive adeo Praesides, sive dati a Principe arbitri iudices fuerint. Allein aus dieser Constitution ist einmal nicht zu ersehen, daß Kaiser Zeno hierdurch ein neues Recht habe einführen wollen; und zweytens ist noch immer die Frage, ob sie unverfälscht in die Basiliken ist aufgenommen worden. Es ist wenigstens auffallend, daß Justinian dieser Constitution in der Novelle 96 c. 2. nicht gedenkt, wo er doch hauptsächlich von der Reconvention handelt. Ueberdem kann auch schon darum auf diese Constitution keine Rücksicht genommen werden, weil sie keinen Theil des gültigen römischen Rechts ausmacht. Andere geltende Verordnungen des römischen Rechts erfordern bey Wiederklagen ausdrücklich den zuständigen Richter [17]).

Allein wenn auch alle diese Beweiße nichts sind, so glaubt man doch, die Sache sey wenigstens nach den neuern Verordnungen des Kaisers Justinian keinem weitern Zweifel unterworfen. Dieser habe das Recht der Reconvention dahin erweitert, daß vermöge derselben der Richter,

16) Obfervation. Lib. XII. cap. 1.

17) *L. 1. C. rerum amotar.* S. TELLER cit. Diff. §. 2. et 3.

der sonst in Ansehung des Klägers gar keine Jurisdiction hat, ihn nunmehr, als Wiederbeklagten, vor sein Tribunal zu ziehen berechtigt seyn solle. Die Stellen, worauf man sich beruft, sind erstlich eine Verordnung im Codex an den Präfectus Prätorio Demosthenes [18]) welche so lautet: Cum *Papinianus* summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum iudicem de absolutione rei *iudicare* [19]), sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare: huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronunciare: nulla ei opponenda exceptione, *quod non competens iudex agentis esse cognoscatur.* Cuius enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se iudicem *in eodem negotio* non dedignetur. Allein dieses Gesetz redet nicht von mutuis petitionibus, wie die Worte *in eodem negotio* unwidersprechlich zeigen, welche so viel als in eadem lite [20]) et causa heißen; sondern es ist hier blos von

18) *L. 14. Cod. de sentent. et interlocut. iudic.*

19) So ist statt *iudicatae* nach Maasgebung einer sehr alten Handschrift des Codex zu lesen, wie *Pet.* FABER in Comm. ad L. 17. D. de Reg. iur. und *Ian. a* COSTA ad Decretal. p. 386. bezeugen.

20) Daß das Wort *negotium* sehr oft in der Bedeutung für *lis* in unsern Gesetzen genommen werde, ist schon an einem andern Orte (§. 190. S. 69.) bemerkt worden. Wäre in der *L. 14. Cod. cit.* von einer Wiederklage die Rede, so wäre dies nicht eadem lis et causa, sondern alia ac diversa. *Nam in mutuis actionibus*, wie *Hubert.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. et cele-

von der exceptione compensationis die Rede, welche nach Papinians Lehre, die hier Justinian bestätiget, ausnahmsweise eine Condemnation des Klägers begründen soll; und welche von Justinian dahin erweitert wird, daß der angegangene Richter auch dann den Kläger soll verurtheilen können, wenn gleich dieser Richter in Rücksicht des Klägers sonst nicht zuständig seyn würde. Hierin gieng also Justinian weiter als Papinian. Zwar wich dieser berühmte Jurist schon darin von der Lehre seiner Vorgänger ab, daß er der exceptioni compensationis, wenn sie in einem iudicio bonae fidei bey dem iudex datus war vorgeschützt worden, die Wirkung zuschrieb, nicht nur den Beklagten zu absolviren, sondern auch den Kläger selbst zu verurtheilen, wenn nämlich die Gegenforderung des Beklagten die Forderung des Klägers überstieg, dahingegen in einem solchen Falle andere Rechtsgelehrte eine Gegenklage für nöthig hielten [21]). Allein Papinian setzte doch voraus, daß

celebrior. Legum Codicis ad cit. L. 14. pag. 285. bemerkt, *duae sunt actiones, duae sunt lites, duplex causa.* Man vergleiche auch *Ian. a* COSTA in Comment. ad Decretal. pag. 386. seq. *Franc.* RAGUELLI Commentar. ad Constitut. et Decision. Iustiniani pag. 639. und THIBAUT Systems des Pandektenrechts 1. B. §. 544. Not. 1. pag. 381.

21) Cajus z. B. sagt *L.* 18. §. 4. *D. commodati.* Quod autem *contrario iudicio* consequi quisque potest, id etiam *recto iudicio*, i. e. eodem iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere *iure pensationis.* Sed fieri potest, *ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat*, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine iudice restituta est: *dicimus, necessariam esse contrariam actionem.* Man sehe auch den §. 30. I. *de action.*

daß der zur Klage gegebene Richter von einer auch in Rücksicht des Klägers competenten Obrigkeit bestellet worden sey, sonst konnte sich der Kläger mit der replica iudicis incompetentis schützen. Allein auch diese will Justinian nicht mehr Statt finden lassen, sondern verordnet, daß der Richter mit Verwerfung dieser Einrede den Kläger soll verurtheilen können.

Die andere Stelle ist aus der Novelle 96. Kap. 2. entlehnt, wo es §. 1. nach Zombergk so lautet: *Sancimus igitur, si quis actorem sibi obnoxium habere putet, ut eum non coram alio iudice, sed coram eodem statim ab initio conveniat, atque is ipse in utraque causa iudex sit. Si vero forte iudex ille, apud quem litem instituit, ei displicuerit, hoc quoque ei emendare liceat. Nam cum viginti dierum spatium post libellum missum dederimus, post quod litem contestari oporteat, licebit intra dictas inducias illum quidem recusare, alium vero accipere, apud quem rursus utramque litem similiter disceptare convenit, ut eiusmodi artes inutiles reddantur, et unusquisque suo iure utatur. Quod si tacuerit, et deinde litem apud alium iudicem movere voluerit, necesse habeat finem exspectare litis illi ab eo motae, qui eum ad iudicium traxit: et ubi lis finem accepit, tum is causam suam apud alium iudicem proponat: ut hac ratione artes et mutuas iniurias tollamus.* Daß hier von der Wiederklage [22]) die Rede sey, ist ausser Zweifel. Die Worte: ut

22) *Henr.* AGYLAEUS in libr. sing. ad ea quae in Novellis Iust. ius civ. attingunt. pag. 93. (bey ZEPERNICK in *Delectu scriptor. Novellas Iust. ear. historiam illustrant.*) *Gregor.* HALOANDER in seiner lateinischen Version, und *Franc.* RAGUELLUS in Comm. ad Constitut. et Decis. Iustiniani pag. 639. wollen zwar diese No-

ut is ipſe *in utraque cauſa* iudex ſit; ferner apud quem rurſus *utramque litem* disceptare convenit, beweiſen dieſes unwiderleglich. Allein daß die Reconvention auch bey jedem incompetenten Richter ſolle angebracht werden können, ſagt doch Juſtinian hier gewiß nicht; ſondern er will nur, um der Chicane vorzubeugen, daß, wenn der Beklagte glaubt, eine Gegenforderung an den Kläger machen zu können, die eine gegenſeitige Klage begründet, ſo ſoll es ihm nicht erlaubt ſeyn, ſolche während des Proceſſes bey einem andern Richter anzuſtellen, ſondern er ſoll ſie entweder gleich Anfangs und zwar noch vor der Litiscontestation bey dem Richter der Hauptklage als eine Reconvention anbringen, oder er ſoll warten, bis die Hauptklage geendiget iſt. Dieſer wahre Sinn ergiebt ſich aus der Geſchichte von der Veranlaſſung dieſes Geſetzes, welche Juſtinian in den vorhergehenden Worten erzählt, wo es heißt: *Illud quoque convenientem correctionem accipere oportet. Adiit enim nos quidam docens, ſe quendam ſibi obligatum apud aliquem ex glorioſiſſimis noſtris Magiſtratibus convenisse, reum deinde, qui et ipſe actorem ſibi obligatum habebat, ipſum ad alium iudicem traxiſſe. Et praeter opinionem quid accidit? Quoniam enim uterque actoris locum obti-*

Novelle von einer Recrimination (Anticategoria) oder Gegenanklage verſtehen. Allein ſchon CONTIUS ad h. Nov. hat bemerkt, daß man die Redensart: ἐν αἰτίαις ποιεῖσθαι nicht richtig verſtanden habe, als welche hier nicht in crimen vocare heiße, wie man es wörtlich nach dem Lexikon überſetzt habe. Man ſehe auch *Petr. ab* AREA BAUDOZA CESTIUS ad h. Nov. pag. 418. ſeiner gloſſirten Ausgabe des Volum. parvi *Lugd.* 1593. 4.

obtinuit, miſerandum quid et ridiculum inde evenit. Nam ſimul ac quis cauſam ſuam agere voluit, ſtatim eum reconveniens ad alterum iudicem, quem ipſe iudicem acceperat, trahebat: atque ita ſe invicem circumducentes immortalem litem exercebant.

Nach der Praxis hat nun die Wiederklage eine doppelte Wirkung,

1) ſie begründet den Gerichtsſtand des ſonſt gegen den wiederbeklagten Kläger nicht competenten Richters. Dieſe Wirkung der Erſtreckung des Gerichtsſtandes wird ihr nach dem Canoniſchen Rechte beygelegt, wenn ſie auch nicht gleich zu Anfang des Proceſſes, jedoch noch vor dem Beſchluß der Conventionsſache erhoben wird [23]).

2) Sie kann mit der Vorklage ſelbſt zugleich verhandelt werden, nämlich wenn der Beklagte wenigſtens mit der Litiscontestation die Wiederklage verbindet, und die Reconventionsſache zu der Proceßart, worin der Klagegegenſtand anhängt, ſich qualificiren läßt [24]).

Nach dieſer zweyfachen Wirkung theilt man die Reconvention ein, in die **eigentliche** und **uneigentliche**.

Wenn

23) *Cap. 3. in fin. de Reſcriptis in 6to.* HOFACKER. Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4217. Danz Grundſätze des gemeinen ord. bürgerl. Proceſſes §. 469. Nach der allg. Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten 1. Th. 19. Tit. §. 16. wird, wenn die Reconvention die Wirkung der Prorogation haben ſoll, nothwendig vorausgeſetzt, daß die Gegenforderung noch vor, oder ſpäteſtens in dem zur Inſtruirung der Convention beſtimmten Termine angemeldet worden.

24) Gönners Handbuch des teutſchen gemeinen Prozeſſes 1. B. Nr. XXV. §. 9. S. 525. HOFACKER T. III. §. 4218.

Wenn sie nämlich nur eine Prorogation wirkt, so heißt sie reconventio impropria, die Nachklage; wo sie aber auch eine gemeinschaftliche Verhandlung mit der Vorklage erzeugt, wird sie reconventio propria, die Wiederklage im eigentlichen Sinn genennt [25]).

Die Wiederklage setzt übrigens, wenn sie Statt haben soll, voraus, daß der Kläger im eigenen Namen geklagt habe [26]). Wer demnach bloß als Vormund für seinen Pupillen, oder als Anwalt für seinen Principal Klage erhebt, kann wegen seiner eigenen Schuld von dem Beklagten nicht wiederbelangt werden [27]).

Es muß auch, wenn eine Wiederklage statt finden soll, die Vorklage in der ersten Instanz noch anhängig seyn [28]). Sie darf daher nicht erst in der Appellations-Instanz angebracht werden [29]), weil theils dem Kläger das Recht der ersten Instanz nicht entzogen werden darf, theils aber auch in der Appellations-Instanz nur darüber zu erkennen ist, was

25) *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iuris canonici §. 697. *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 640. Danz Grundsätze des bürgerl. Processes §. 469. Gönner a. a. O. S. 526. Not. p.

26) CARPZOV P. I. Const. 7. def. 6. HOFACKER Princip. iur. civ. cura *Gmelin.* T. III. §. 4215.

27) *L.* 23. *D. de compensat.* VOET in Commentar. ad Pand. Tit. de iudiciis §. 81. sqq.

28) Danz a. a. O. §. 468. S. 660.

29) MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 89. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 696. RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. II. §. 644.

was in der vorigen Instanz verhandelt worden, nämlich ob wohl oder übel gesprochen, und ob daher das Erkenntniß zu bestätigen oder abzuändern sey [30]).

Darauf kommt aber nichts an, ob die Conventions- und Reconventionssache connex sind, oder nicht [31]). Die Praxis des Reichs Kammergerichts sieht zwar auf Connexität [32]). Allein nach der gemeinen Praxis in den reichsständischen Gerichten außerhalb Sachsen findet auch die Wiederklage in nicht connexen Sachen Statt [33]).

§. 205.

Wenn hat die Wiederklage den effectum simultanei processus? Findet sie auch in peinlichen Fällen Statt?

Soll die Reconvention zugleich mit und neben der Hauptsache betrieben werden, so wird hierzu folgendes erfordert. I) Sie muß entweder vor der Einlassung auf die Hauptklage angebracht, oder doch derselben unmittelbar angehängt werden [34]). II) Die Entscheidung derselben muß

30) VOET cit. loc §. 80. Ein anders ist, wenn die Wiederklage zur Appellationssache gehörig seyn sollte. S. Hofmann T. Reichspraxis 1. Th. §. 945. und §. 1109. HOFACKER T. III. §. 4217.

31) VOET ad Pand. Tit. de iudic. §. 78. HOFACKER Tom. III. §. 4216.

32) TAFINGER Institut. iurisprud. cam. §. 498. Günth. Heinr. v. Berg Grundriß der reichsgerichtl. Verfassung und Praxis §. 211. a. E.

33) Danz Grundsätze des ord. bürg. Processes §. 468. Not. e.

34) *Clem.* 2. *de Verbor. Signific. Nov. XCVI. c.* 2. BRUNNEMANN de processu civ. Cap. X. nr. 11. BOEHMER doctr. de actio-

muß nicht von der Entscheidung der Hauptklage abhangen [35]). III) Beyde Sachen müssen so geeigenschaftet seyn, daß sie die nämliche Proceßart zulassen [36]). Ist daher die Hauptsache privilegirt, oder von der Art, daß sie keinen Verzug leidet, sondern eilfertig und ganz summarisch betrieben werden muß, z. B. eine Spolienſache, oder eine Sache des jüngsten Besitzes, oder eine Alimentensache, oder betrifft sie die Zurückforderung eines verwahrlich anvertrauten Gutes; so findet keine Reconvention statt [37]). Es sey denn, daß die Reconventionssache eine eben so privilegirte und summarische Sache wäre [38]). IV) Die Wiederklage muß nicht so weit aussehend seyn, daß die gleichzeitige Verhandlung derselben neben der Hauptsache eine unvermeidliche Verwirrung verursachen würde, sonst kann und muß sie vom Richter zur besondern Ausführung verwiesen wer-

actionib. Sect. I. cap. 4. §. 13. CARRACH in Annotat. ad *Boehmerum* pag. 51. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. LXXXX. nr. 17.

35) *L. 10. C. de iniur. L. 31. C. de lib. causa.* Knorre Anleitung zum gerichtl. Proceß B. 2. Hptst. 5. §. 4.

36) *Cap. 2. et 4. X. de ordin. cognit.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 698.

37) *Can. 1. Caus. III. qu. 11. Cap. 2. X. de iudic. Cap. 2. X. deposit.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. p. 288.

38) VOET in Comment. ad Pand. Tit. de iudiciis §. 86. Z. B. die Gegenklage betrifft ebenfalls eine Entsetzung. S. Hofmann T. Reichspraxis 1. Th. §. 1109. RIEGGER Institut. iurispr. eccles. P. II. §. 650.

werden [39]). V) Es müssen nicht etwa Landesgesetze entgegen stehen, welche die gleichzeitige Verhandlung der Wiederklage in einem und eben demselben Prozesse mit der Hauptklage nicht gestatten [40]). Uebrigens haben beyde Theile bey der Verhandlung der Con- und Reconventionssache gleiche Rechte [41]). Wenn daher der Kläger seine Klage fallen läßt, so kann die Wiederklage dennoch fortgesetzt werden. Es kann auch der Wiederbeklagte dem Wiederkläger, eben so wie der Beklagte dem Kläger, sowohl verzögerliche als zerstörliche Einreden entgegen stellen [42]).

Ob auch in peinlichen und Straffachen die Wiederklage Statt finde, ist streitig. Einige Rechtsgelehrten verneinen dieses schlechthin [43]). Andere wollen dieselbe nur insoferne zulassen, als der Angeklagte, wegen der ihm zugefügten Schmach, Schäden und Kosten, gegen den

39) VOET cit. loc. §. 88. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 2. Th. §. 145. S. 154. Estor Anfangsgr. des gem. u. R. Proc. 2. Th. Tit. 292. §. 190.

40) Allg. Gerichtsordn. für die Preuß. Staaten. 1. Th. 19. Tit. §. 9.

41) *Cap.* 2. *X. de mutuis petit.* *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 698. pag. 503. Ob auch der Kläger eine neue Wiederklage vorbringen könne, wenn der Beklagte von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hat, ist eine Frage, die man nur in dem Falle bejahen kann, wenn die reconventio reconventionis aus dem nämlichen Geschäft, welches den Gegenstand der Wiederklage ausmacht, entspringt. S. Gönners Handbuch 1. B. Nr. XXV. §. 10. S. 526.

42) Hofmann T. R. Praxis 1. Th. §. 1108.

43) *a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. II. §. 650. CLEMANN Diss. de mutuis petitionibus §. XI. u. a. m.

den Ankläger blos auf eine Privatgenugthuung klagt. Sie schränken also die dem Angeklagten in dem bemerkten Falle zuständige Reconvention nur lediglich auf die Civilklage ein[44]). Allein andere behaupten mit mehrerem Grunde, daß es vielmehr der eigenen Willkühr des Angeklagten zu überlassen sey, ob er nur lediglich auf die Ersetzung seiner Schäden und Kosten, und also auf die Erhaltung seiner Privatgenugthuung klagen, oder in seiner Reconvention zugleich auf eine öffentliche und peinliche Bestrafung des Anklägers antragen wolle[45]). Nach den Gesetzen der Pandecten hatte zwar, wenn die Anklage einmal angebracht war, keine Recrimination (anticategoria) Statt[46]). Denn der Angeklagte hatte den Verdacht gegen sich, daß er bloß aus Rache zur Gegenklage geschritten sey[47]). Allein das neuere römische Recht[48]) schränkt dieß bloß auf den Fall ein, wenn das gegenseitige Verbrechen des Anklägers ein gleiches oder noch geringeres ist, als dasjenige, welches den

44) BLUMBLACHER in Comment. ad Art. 12. C. C. C. n. 8. Hofmann a. a. O. §. 1109. S. 748.

45) *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER Obſervat. ſelect. ad *Carpzovium* Quaeſt. 106. Obſ. 3. Ebenderſelbe in Meditat. ad Conſt. Crim. Carol. Art. 12. §. 5. und beſonders Joh. Chriſt. Quiſtorp Abhandl. von der Reconvention in peinlichen und Strafſachen, in Deſſelben Beyträgen zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien Nr. XV.

46) *L. 5. D. de public. iud. L. 2. D. ad L. Iul. de adulter.*

47) MATTHAEUS de criminibus cap. 10.

48) *L. 19. Cod. Qui accuſ. non poſſunt*, verglichen mit *L. 12. Cod. Theod. de accuſat. et inſcript.* (IX. 1.) *Io. Caſp.* HEIMBURG Diſſ. de anticategoria vulgo recriminatione in proceſſu accuſatorio ex Rom. iure ſpectata. *Ienae* 1737.

Gegenstand der Anklage ausmacht. Es nimmt auch den Fall aus, wenn das Verbrechen von dem Ankläger gegen den Angeklagten selbst, oder gegen dessen Angehörige begangen worden. Im Grunde aber wird außer diesem Falle das Recht der Gegenanklage den peinlich Angeklagten nur insofern abgesprochen, daß die Recrimination so lange liegen bleiben muß, bis die Anklage geendiget ist [49]). Es hat daher an sich um so weniger einigen Zweifel, daß die Wiederklage in peinlichen Fällen Statt finde, je bekannter es ist, daß das peinliche Gericht nach Vorschrift der Gesetze nicht allein wegen der eigentlichen Hauptsache oder der angeschuldigten Missethat selbst, sondern auch wegen aller damit in Verbindung stehender Nebensachen zu erkennen befugt ist, es auch überdieß bey dem peinlichen Gerichtszwange, vor welchem der Hauptproceß geführt worden, viel leichter ist, um über die Grösse der Calumnie des Anklägers und der daher dem Angeklagten zuständigen Genugthuung sowohl, als des erstern peinliche Bestrafung urtheilen zu können, als bey dem ordentlichen Gerichtsstande des Anklägers; so kann dennoch in peinlichen Fällen unter keinen Umständen die Reconvention simultaneo processu und zugleich mit der peinlichen Anklage selbst erörtert werden. Daß unter den bemerkten Umständen die Wiederklage auch gegen einen Denuncianten statt finde, der bewiesener- oder eingestandenermaßen einen unschuldigen Menschen boshafter

49) *L. 19. C. cit.* sagt: Neganda est accusatis, qui non suas suorumque iniurias exequuntur, licentia criminandi in pari vel minori crimine, priusquam se crimine, quo premuntur, exuerint secundum scita veterum iuris conditorum, ita tamen, ut et ipsi inscriptiones contra eos etiam pendente accusatione deponere possint.

ker Weise in einen schweren Inquisitions-Proceß verwickelt hat, ist keinem gegründeten Zweifel unterworfen [50]). Soll jedoch derjenige Richter, von welchem die Untersuchung wegen des angeschuldigten Verbrechens verhänget worden, auch wegen der Reconvention des Inculpaten erkennen, so muß dieselbe wenigstens vor dem Endurtheil in Anregung gebracht und gehörig gerechtfertiget werden. Ueberhaupt aber ist in Criminal- und Strafsachen schlechterdings keine andere Art der Reconvention platzgreiflich, als die entweder aus der angestellten Rüge erwächst, oder auch sonst mit derselben in Verbindung steht.

§. 206.

Heutiger Gebrauch der Lehre von der Prorogation der Gerichtsbarkeit.

Es entsteht nun die Frage: **ob und in wieferne die Prorogation der Gerichtsbarkeit in Teutschland zulässig sey, oder nicht** [51]). Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind deshalb sehr verschie-

50) MEVIUS P. I. Decis. 41. Eisenhart Rechtshändel 7. Th. Nr. 7.

51) Ausser dem Hrn. Hofr. Schnaubert in den oben angeführten Beyträgen zum T. Staats- und Kirchenrechte 2. Th. Nr. III. haben diese Frage berührt GEBAUER in Commentat. de iurisdictione Cap. II. §. 7. pag. 73. KEMMERICH in Diss. de prorogat. iurisdict. §. XIX. STOCKMANN Diss. de iurisdict. prorogata §. XI. sqq. Hr. Prof. EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controversum Tom. I. h. t. Quaest. XVI. not. y. pag. 173. und *Christ. Iust. Iac.* IENISCH in Diss. Quatenus a prorogata per conventionem iurisdictione recedere liceat. *Goett.* 1797. 8. Cap. 2.

den. Einige lassen die Prorogation in den Fällen, darinn dieselbe nach dem römischen Rechte Statt findet, auch noch heutiges Tages ohne Einschränkung zu [52]). Andere geben dieses zwar in Ansehung der sogenannten nothwendigen oder gesetzlichen Prorogation zu, sprechen hingegen der freywilligen Prorogation in Teutschland allen Gebrauch ab, weil die heutige Gerichtsverfassung von der römischen sehr verschieden sey, indem die Prorogation nicht allein zum Abbruch und Verachtung der landesherrlichen Gerechtsame in der Person der vermöge derselben bestellten Richter, sondern auch diesen in Ansehung der Sporteln zu keinem geringen Nachtheile gereiche [53]). Noch andere machen zwischen der Patrimonial- und der Amtsgerichtsbarkeit einen Unterschied, und behaupten, daß nur in Ansehung der letztern, keinesweges aber in Ansehung der erstern eine Prorogation Statt finde [54]).

Hell-

52) STRYK in Usu Mod. Pandectar. h. t. §. 22. sqq. BERLICH P. I. Conclusion. V. nr. 31. BERGER Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. III. Th. I. Not. 17. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXIX. med. 5. BEYER ad Pandect. h. t. nr. 42—45. Struben Nebenstunden 5. Th. S. 30. u. 31. IENISCH cit. Diss. Cap. II. §. 2. seqq. u. a. m.

53) BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 1. Pandectar. de iudic. nr. 7. STRUV in Syntagm. I. C. Exerc. IV. Th. 59. THOMASIUS in Notis ad Pandect. h. t. p. 42. sqq. GEBAUER cit. Commentat. Cap. II. §. 7. *Io. Henr. Christ. de* SELCHOW Elem. iuris german. privati hod. §. 669.

54) *Tob.* PAURMEISTER *a* KOCHSTET Tract. de Iurisdict. Imperii Rom. (*Hannoverae* 1608.) Lib. I. Cap. 25. nr. 43. *Arn.* VINNIUS in Tract. de iurisdictione Cap. X. §. 3. SCHILTER in Praxi iuris Rom. Exercit. VI. §. 23. EISENHART Institut. iuris germ. priv. Lib. IV. Tit. I. §. 14.

Hellfeld unterscheidet, ob beyde Richter, nämlich der ordentliche, und derjenige, auf welchen die Jurisdiction prorogirt wird, dem nämlichen Landesherrn unterworfen sind, oder nicht. Im letztern Falle sey zwar nach der heutigen Verfassung wegen des den Reichsständen zustehenden iuris de non evocando die Prorogation für zuläßig nicht zu halten; im ersten Falle hingegen stehe der heutigen Anwendung des römischen Rechts gar nichts im Wege[55]). Pufendorf[56]) will die Prorogation sogar auf einen Richter ausserhalb Landes zulassen, wenn nur derselbe mit dem competenten Richter im Lande einen gemeinschaftlichen Oberrichter hat. Dies sey der Fall in Teutschland, wo von den landesherrlichen Gerichten an die höchsten Reichsgerichte appellirt werden kann, soferne nicht etwa ein privilegium de non appellando eine Ausnahme macht. Endlich giebt es noch Rechtsgelehrten, welche zum Grundsatz annehmen, daß die Prorogationen der Gerichtsbarkeit heutiges nur in so weit zugelassen werden können, als sie dem iuri de non evocando nicht zuwider, auch dem Rechte des Gerichtsherrn, oder des ordentlichen Richters unnach-

55) Eben so HERT de superioritate territoriali §. 27. in *Opuscul.* Vol. I. T. II. pag. 258. GRIEBNER de praeiudicio Principum imperii ex abusu iuris Iustinianei Cap. III. §. 7. in *Opuscul.* Tom. I. Sect. V. pag. 179. CRAMER in Diss. de iurisdict. prorogat. §. 62. sqq.

56) in libr. de iurisdictione german. P. I. Cap. IV. §. 101. *Mihi ita videtur*, sagt er, *ut si competens iudex in territorio et alius incompetens extra territorium communi iudici superiori subiecti sint, hactenus ad cognoscendam causam et sententiam pronunciandam prorogari iurisdictio non competentis iudicis extra territorium possit.*

theilig sind [57]). Und dieß ist auch unstreitig die richtigste Meinung. Es wird nicht undienlich seyn, etwas weniges aus der Geschichte der teutschen Gerichtsprorogationen vorauszuschicken. Vor der Einführung des römischen Rechts in Teutschland waren die Prorogationen der Gerichtsbarkeit nicht gebräuchlich [58]). Man hatte den Grundsatz, daß man einen jeden vor seinem ordentlichen Richter, und nirgends anderwärts belangen dürfe [59]). Die Capitularien der Carolingischen Kaiser verboten nicht nur den Geistlichen bey Strafe des Kirchenbannes, sich vor einem weltlichen Richter einzulassen, sondern man erlaubte nicht einmal den Layen, sich einer fremden Gerichtsobrigkeit zu unterwerfen [60]). Allein mit der Aufnahme des römischen Rechts in Teutschland kamen auch die Prorogationen auf. Nun konnte nicht nur durch Reconvention ein sonst incompetenter Gerichtsstand begründet werden. Denn es ward allgemeiner Grundsatz: Wo der Mann Recht fordert, da soll er wieder Recht nehmen [61]). Sondern

57) KEMMERICH Diss. de prorogat. iurisdictionis §. 20. STOCKMANN in der angef. Dissertation §. XI. pag. 39. Schnaubert in der angef. Schrift, und EMMINGHAUS a. a. O.

58) Stockmann in der angef. Dissertation §. IX.

59) HEINECCIUS in Element. iuris german. Tom. II. Lib. III. Tit. II. §. 75. Kopps Nachricht von der ältern und neuern Verfassung der geistl. und Civilgerichte in den Hessen-Casselischen Landen 1. Th. 4. Stück §. 318. S. 414.

60) BALUZII Capitular. Reg. Francor. Tom. I. Lib. VII. c. 309. et 469. pag. 1130. c. 155. pag. 1058. c. 210. pag. 1069. et Lib. VI. c. 157. p. 949. c. 332. p. 1097. c. 220. p. 1072.

61) Sachsenspiegel I. Buch. Art. 61. B. III. Art. 79. Weichbild Art. 28. Schwabenspiegel Kap. 87. 127. HEINECCIUS cit. loc. §. 87. pag. 444.

dern auch die freywilligen Prorogationen wurden sehr häufig Die Stände waren daher bemühet, sich und ihre Unterthanen gegen die daraus entstandenen Evocationen durch kaiserliche Privilegien sicher zu stellen [62]). Die Unterthanen selbst schlossen unter einander Bündnisse gegen diese allzusehr einreissende Unordnung, und die Landesherren kamen ihnen sowohl gegen die evocationes in provincia, als extra provinciam, mit besondern Freyheitsbriefen zu Hülfe [63]). Die Ursachen jener häufigen Prorogationen waren mancherley. Die durch die bürgerlichen Kriege und Befähdungen in Verwirrung gerathene Justitzverfassung in Teutschland, und das grosse Ansehen, in welches sich einige Städte, z. B. Lübeck und Magdeburg durch die Billigkeit ihrer Rechte gesetzt hatten, trugen nicht wenig dazu bey [64]). Hierzu kam, daß damals ohne solche besondere Befreyungen sonst jede vom Kaiser angeordneten Gerichte mit den reichsständischen Gerichten eine concurrirende Gerichtsbarkeit behaupteten, auch sonst die Gränzen eines jeden Gerichtsstandes noch nicht so gesichert waren, daß nicht ein Reichsstand, soferne er nicht besondere Privilegien dagegen ausgewirkt, zum öftern hätte geschehen lassen müssen, daß seine Unterthanen an andere fremde Gerichte gezogen werden konn-

62) Beyspiele führt Kemmerich in Dissertat. de iure de non evocando §. XII. an. Siehe auch PFEFFINGER ad Vitriarium Tom. III. pag. 1160. sqq.

63) Kopp a. a. O. §. 320. ff. S. 415. u. folgg.

64) CONRING de origine Iur. Germanici Cap. XXVIII. pag. 170. KEMMERICH Diss. de prorogatione iurisdictionis §. XVIII. not. e.

ten[65]). Merkwürdig sind die der freyen Reichsstadt Frankfurt von den Kaisern desfalls ertheilte Privilegien, vermöge deren Frankfurter Bürger überall vor keinem andern Gerichte, als dem Schultheissen zu Frankfurt, nur den einzigen Fall des versagten Rechts ausgenommen, belanget werden sollen[66]). So wie jedoch in der Folge die Landeshoheit der Reichsstände immer fester gegründet wurde, so sind nun auch insonderheit die Gränzen der reichsständischen Gerichtsbarkeit richtiger bestimmt, und genauer beobachtet worden. Nun ist allen und jeden Reichsständen durch allgemeine Reichsgesetze und Herkommen ihre privative Gerichtsbarkeit dergestalt gesichert worden, daß heutiges Tages ein jeder Reichsstand ein solches ius de non evocando überhaupt und vermöge seiner Landeshoheit behaupten kann, welches ehedem durch eigene Privilegien ausgewirkt werden mußte[67]). Nach dieser heutigen Verfassung unsers

65) Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 3. Bandes 3. Th. Resp. CCCV. nr. 9.

66) Man sehe die gedruckten Privilegien der R. Stadt Frankfurt S. 9. 32. 35. 38. 172. u. 298. Hierher gehört vorzüglich das angeführte Pütterische Responsum, die Anwendung des *privilegii de non evocando* gegen ein auswärtiges *forum gestae administrationis* betreffend, a. a. O. S. 770.

67) S. Landfriede vom Jahr 1466. §. 13. u. 14. in der neuern Sammlung der Reichsabschiede 1. Th. S. 202. die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1495. §. 16. und besonders die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1555. 2. Th. Tit. 1. zu Anfang: wo es heißt: Erstlich ordnen und setzen Wir, daß alle des heiligen Reichs Verwandte und Unterthanen bey ihren ordentlichen

sers teutschen Staats, vermöge welcher jedem Reichsstande die privative Gerichtsbarkeit über seine Unterthanen in seinem Lande dergestalt zusteht, daß ordentlicher Weise eine, dieselben betreffende Sache, an kein anderes Gericht, mit Vorbeygehung der Landesgerichte, gebracht werden darf, kann demnach eine so willkührliche Prorogation, als das römische Recht erlaubt, um so weniger mehr gestattet werden, da die teutschen Reichsgesetze nicht nur überhaupt die Evocation landesherrlicher Unterthanen vor fremde Gerichte ausdrücklich verbieten[68]), sondern auch nicht einmal von dem kaiserlichen Reichskammergericht in erster Instanz auf Jemands Klage oder Ansuchen eine Ladung gegen diejenigen, die der kaiserlichen Majestät und dem Reiche nicht unmittelbar unterworfen sind, und auch sonst ihren ordentlichen Richter haben, zulassen wollen, vielmehr dieselbe mit allem, was darauf gefolgt ist, für nichtig, und unverbindlich erklären[69]). Hieraus folgt nun aber auch von selbst, daß nicht alle Prorogation heutiges Tages gänzlich verworfen werden kann, in soferne nämlich dieselbe unserer Staatsverfassung nicht zuwiderläuft. Dieses vorausgesetzt, so läßt

lichen inländischen Rechten und Gerichten (ausserhalb den Fällen, die nach Laut dieser Ordnung an das Kammergericht ohne Mittel gehören) gelassen werden sollen.

68) Jüngster Reichsabschied §. 164. in den Worten: auch insgemein die Evocationen vor fremde Gerichte ꝛc.

69) Kammergerichtsordnung vom Jahr 1555. 2. Th. Tit. 1. im letzten §. und Tit. 5. §. 2. Concept der Kammergerichtsordnung 2. Th. Tit. 5. §. 1. Conf. SENCKENBERG Disquisit. de exceptione iuris germanici, qua evocationes illicitae dicuntur. *Francof. ad Moen.* 1733.

läßt sich nun die Lehre des heutigen Rechts von der Prorogation der Gerichtsbarkeit auf folgende Grundsätze reduciren.

I) Wenn reichsunmittelbare Partheyen, welche das Recht der Austräge haben, mit Uebergehung derselben, sich sogleich vor den höchsten Reichsgerichten einlassen wollen, so ist zwar dagegen nichts einzuwenden [70]), allein wenn Jemand, der seinen Gerichtsstand vor einem höchsten Reichsgerichte hat, sich vor einem Untergerichte einlassen will, so wird diese Prorogation, da sie zum Präjudiz des kaiserlichen Ansehens, und seiner höchsten Gerichtsbarkeit gereicht, für unerlaubt gehalten [71]).

II) Wenn in Ansehung mittelbarer oder landesherrlicher Unterthanen die Prorogation auf einen Richter in einem fremden Lande geschiehet, so findet dieselbe zwar in soferne statt, als sich der Beklagte oder Wiederbeklagte unter dem Gerichtszwange des fremden Richters betreten läßt, oder wenigstens ein obiectum executionis daselbst angegeben werden kann, weil hierdurch dem iuri de non evocando nicht zuwider gehandelt wird [72]); und in dieser Rücksicht kann die in den Schuldverschreibungen zuweilen ent-

70) Maiblanks Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provinzialgerichtsverfassung 4. Th. §. 24.

71) *Christph.* KALT Disquis. an et quatenus subditi Rom. Imp. immediati foro ordinario sui magistratus ac iudicis renunciare, et se immediate Camerae Imperialis vel alterius iudicis iurisdictioni pacto submittere possint? in des Freyh. von Senkenbergs *Meditat. Fascic. I.* pag. 166. sqq. und Joh. Jac. Moser von der T. Justizverfassung 1. Th. 11. Kap. §. 5. u. 6.

72) Kemmerich in der oft angeführten Dissertation §. 20.

enthaltene Clauſel: Ich gebe meinem Gläubiger hiermit freye Macht und Gewalt, mich aller Orten, wo er mich zuerſt antreffen möchte, zu belangen, immaßen ich mich dieſer Poſt halber eines jeden Jurisdiction wolle unterwürfig gemacht haben, nicht für überflüßig gehalten werden[73]). Auſſer jenen Fällen aber iſt die Prorogation auf einen Richter in einem fremden Territorium ohne Einwilligung des Landesherrn für zuläßig nicht zu halten, wenn gleich von einer ſogenannten nothwendigen oder geſezlichen Prorogation, die durch eine Reconvention geſchiehet, die Rede ſeyn ſollte. Denn daß der Kläger denjenigen Richter gegen ſich erkennen müſſe, den er für ſich anerkannt hat, iſt eine römiſche Verordnung. Dieſe konnte im römiſchen Reiche, wo die Majeſtät ſich ungetheilt in einem Oberhaupte koncentrirte, und alle Richter ihre Gerichtsbarkeit aus einer Quelle herleiteten, wo kein Richter ein eigenes von allen andern Gerichten unabhängiges ius de non evocando hatte, wohl angehen; kann aber wegen der ganz anders beſchaffenen Staatsverfaſſung in Teutſchland nicht angewendet werden, falls die Prorogation auſſer einem Lande gehen ſoll[74]). Da dem Landesherrn das ius de non evocando, wie oben angeführt worden, auch in Beziehung auf die Reichsgerichte zuſteht; ſo hat die prorogatio neceſſaria auf dieſelben um ſo weniger ſtatt, je bekannter es iſt, daß die Reconvention überhaupt nicht anders, als in der erſten Inſtanz angebracht werden kann[75]).

III) Ge-

73) STOCKMANN in Diſſert. cit. §. XI. in fin. und CRAMER in Diſſ. de iurisdict. prorogata §. 63.

74) Schnaubert in den Beyträgen 2. Th. S. 150. folgg.

75) MEVIUS Part. VII. Deciſ. 98.

III) Gerichtspflichtige, welche unter einem solchen Richter stehen, der eine Patrimonialgerichtsbarkeit hat, können die Jurisdiction nicht auf einen andern Richter prorogiren; es sey denn, daß ihr Gerichtsherr mehrere Gerichtshalter hätte; in welchem Falle ihnen allerdings erlaubt wäre, dieselbe auf einen andern Gerichtshalter des nämlichen Gerichtsherrn zu erstrecken. Der Grund hiervon ist: Wer die Patrimonialgerichtsbarkeit hat, hat das Recht in allen, seine Hintersassen betreffenden, Sachen Recht zu sprechen, und da dieses eine ihm erworbene Gerechtsame, ein ihm eigenthümlich zuständiges Recht ist, so kann ihm auch dasselbe von solchen Gerichtspflichtigen und Hintersassen nicht eingeschränkt und beeinträchtiget, folglich auch von diesen die Jurisdiction in keinem Falle auf einen andern Richter willkührlich prorogirt werden[76]). Die Gerichtsherrschaft ist daher in solchem Falle allerdings befugt, die prorogirenden Partheyen von dem Richter, dem sie sich ohne derselben Einwilligung unterworfen haben, abzufordern, und selbige durch Strafbefehle zur Ordnung anzuhalten[77]). Leyser[78]) meint zwar, der Unterschied zwischen den römischen Magistratspersonen und den teutschen Erbgerichtsherren

76) Schnaubert a. a. O. S. 155.

77) WERNHER in Observat. forens. T. I. P. I. Obs. 329. in Supplem. pag. 340.

78) in Meditat. ad Pandect. Vol. I. Specim. XXIX. med. 5. Ihm ist zwar *I. E. I.* MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Obs. 127. beygetreten, allein ohne hinreichenden Grund. Unter den neuern Rechtsgelehrten sind auch dieser Meinung HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 4212. und Grolmann in der Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 49. S. 62.

herren sey eben so groß nicht, daß dadurch die Anwendung des römischen Rechts in Ansehung der freywilligen Prorogation unzuläßig werde, indem die Erbgerichtsbarkeit eine Gerichtsbarkeit, und von der römischen nur darin unterschieden sey, daß sie erblich ist, und in eigenem Namen ausgeübt werde. Allein diese Meinung verdient keinen Beyfall, und ist vom Hrn. Hofr. Schnaubert[79]) gründlich widerlegt worden. Eben das, daß die Erbgerichtsbarkeit in eigenem Namen, als eine dem Erbgerichtsherrn eigenthümlich zuständige und erworbene Gerechtsame ausgeübt wird, macht einen solchen Unterschied zwischen der römischen Amtsjurisdiction und der teutschen Erbgerichtsbarkeit, daß die im römischen Rechte zuläßige Prorogation, in soferne sie zu Beeinträchtigung des Gerichtsherrn geschiehet, nicht Statt finden kann. Denn die Obliegenheit, sich dem gutsherrlichen Gerichtszwange zu unterwerfen, ist hier nichts weniger, als ein bloßes Recht der Partheyen, dem dieselben nach ihrer Willkühr entsagen dürften. Kein Wunder, wenn daher die entgegengesetzte Meinung von jeher mehr Vertheidiger unter den Rechtsgelehrten gefunden hat[80]).

IV) Wenn

79) in den angeführten Beyträgen 2. Th. Nr. 3. §. 3. S. 155. u. folgg.

80) BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. III. Th. I. Not. 17. pag. 682. edit. *Winckler*. nennt diese Meinung, welche gegen die Prorogation der Patrimonialgerichtsbarkeit streitet, die gemeine Meinung. Als Vertheidiger derselben sind noch zu bemerken: LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 35. VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 15. ibique allegati DDres, BACH in Opusc. iurid. pag. 428. sqq. STOCKMANN in Diss.

IV) Wenn hingegen der ordentliche Richter nur eine persönliche oder Amtsgerichtsbarkeit hat, und eine Parthey, die unter ihm stehet, sich freywillig der Gerichtsbarkeit eines andern Richters in dem nämlichen Lande unterwerfen will, so ist nun zwar hier der Fall, in welchem das römische Recht die Prorogation erlaubt. Da jedoch unsere teutschen Landesherren ihren Justizbeamten zuweilen die Gerichtssporteln statt des Salariums anweisen, so kommt in solchem Falle das Interesse des ordentlichen Richters in nicht geringe Betrachtung. Da nun keine Entsagung gilt, welche dem Rechte eines Dritten nachtheilig ist [81]), so könnte es scheinen, daß der ordentliche Richter unter diesen Umständen, der Prorogation zu widersprechen, eine gegründete Ursache habe [82]). Allein dagegen ist zu erwägen, daß doch die Sporteln dem Richter nur für seine Mühe angewiesen sind, sie müssen also wegfallen, wo der Richter keine Mühe und Arbeit gehabt hat. Ueberdem hätten ja auch die Partheyen einen Schiedsrichter wählen können, warum sollten sie sich also nicht freywillig einem sonst incompetenten Richter unterwerfen dürfen? Ueberhaupt aber ist die Gerichtsbarkeit nicht um der Sporteln willen, sondern zur Justizpflege angeordnet [83]).

§. 207.

Diss. de iurisdictione prorogata §. XIII. KIND in Quaest. for. Tom. I. cap. 46. pag. 192. und EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. XVI. not. y. Tom. I. p. 173.

81) *Renunciatio invalida est, quae vergit in praeiudicium tertii.* Suo enim tantum iuri, non etiam alieno, derogare quis potest, *L. penult. Cod. de pactis.* NETTELBLADT Systema elem. iurisprud. positivae Germanor. comm. general. §. 457.

82) EMMINGHAUS a. a. O. Tom. I. pag. 173. in fin.

83) HOFACKER c. l. not. c. pag. 644. und IENISCH cit. Diss. Cap. II. §. 3.

§. 207.

In welchen Fällen ist die Prorogation erlaubt? Können diejenigen, welche einen privilegirten Gerichtsstand haben, die Gerichtsbarkeit auf einen andern Richter erstrecken? Was hat die Prorogation für Wirkung?

Ob nun in einzelnen Fällen die Prorogation erlaubt sey? muß

I) aus der Qualität des Richters, auf welchen die Jurisdiction erstreckt werden soll, beurtheilt werden. Dieser muß nicht nur überhaupt eine Jurisdiction [84]), sondern auch diejenige Art von Gerichtsbarkeit haben, vor welche die zu entscheidende Rechtssache, in der die Jurisdiction prorogirt werden soll, gehört [85]). Dieß gilt nicht nur von der freywilligen, sondern auch von der sogenannten nothwendigen oder gesetzlichen Prorogation [86]). Hieraus

84) *L. 1. D. de iudiciis.* Der blose Vertrag der Partheyen kann Niemandem eine Jurisdiction geben, der solche nicht schon vom Staat erhalten hat. Die Partheyen können zwar eine Privatperson zum Schiedsrichter in ihrer Sache annehmen, allein dieser erhält dadurch eben so wenig eine Gerichtsbarkeit, als desselben Ausspruch die Rechtskraft. *L. 3. C. de iurisdictione omn. iudic.* sagt: Privatorum consensus iudicem non facit eum, qui nulli praeest iudicio: nec, quod is statuit, rei iudicatae continet auctoritatem.

85) BACH in Opusc. pag. 421. STOCKMANN in Diss. saep. alleg. §. 6. KEMMERICH Exerc. cit. §. XV.

86) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudiciar. Lib. I. Sect. II. Cap. IV. §. 2. HEDDERICH Elem. iuris canon. P. II. §. 149. Ge. *Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. §. 695. — *Unde de causa ecclesiastica in foro seculari vel de causa feudali in foro allodiali non datur reconventio.*

aus folgt, daß wenn gewisse Sachen durch eine besondere Befreyung an einen bestimmten Richter ausschließlich und dergestalt gewiesen sind, daß kein anderer Richter in dergleichen Sachen zu erkennen befugt ist, wohin z. B. geistliche Sachen, Lehnssachen u. dergl. gehören; die Gerichtsbarkeit eines jeden andern Richters auf dergleichen Sachen nicht erstreckt werden kann. Es findet hier nicht einmal ein Zusammenhang der Sachen statt[87]); wenn gleich unser Verfasser das Gegentheil behaupten will. Nur in dem Falle, wenn über den bloßen Besitzstand gestritten wird, kann zwar auch der gemeine Richter in einer sonst privilegirten Sache erkennen[88]); allein da solche richterliche Verfügungen in possessorio nur lediglich die Verhütung besorglicher Thätligkeiten zwischen den Partheyen zur Absicht haben, die streitige Sache selbst aber dadurch nie entschieden wird, so gehört diese Ausnahme eigentlich nicht hierher[89]). Dahingegen ist es eben so unstreitig, daß die Gerichtsbarkeit eines solchen Richters, welcher, vermöge eines Privilegiums, nur über eine bestimmte Classe von Personen oder Sachen Richter ist, wohin z. B. die geistliche, die militärische,

87) Danz Grundsätze des bürgerl. Processes §. 33. S. 83. Hofmann T. Reichspraxis 2. Th. §. 1303. S. 111. HELLFELD Diss. de genuino fundamento iurisdict. feudalis eiusq. limitibus §. 40. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. VI. Obs. 809.

88) *I. H.* BOEHMER in Iure parochiali Sect. III. cap. I. §. 57. (nicht §. 42. wie unser Verf. not. e. allegirt). *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VI. §. 241. in fine. Man vergleiche jedoch, was hiervon oben S. 159. vorgekommen ist.

89) HELLFELD in Diss. alleg. de genuino fundamento iurisdictionis feudalis §. XXXIV.

sche, die academische, die Lehnsgerichtsbarkeit u. a. m. gehören, auf andere, welche nicht zu dieser Classe von Personen gehören, oder auf solche Sachen, welche außer dem Ressort dieses Richters liegen, keinesweges erstreckt werden kann [90]), wenn auch nur von Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit die Rede seyn sollte [91]). Dieß ist es, wenn die Rechtsgelehrten sagen, es finde keine Prorogation *de re ad rem* oder *de causa ad causam* statt. Bey den Römern theilte man alle gerichtliche Rechtssachen nur in zwey Hauptclassen ein, nämlich in Civil- und Criminalsachen. Es kam also bey der Prorogation in Civilsachen immer nur darauf an, ob der Richter, auf welchen die Jurisdiction prorogirt werden sollte, in dieser Art von Sachen überhaupt zu erkennen befugt war [92]). So wie demnach keine Prorogation in einer bloßen Privatgeldsache auf einen Latrunculator zuläßig war [93]), weil dessen Departement sich bloß auf Entdeckung, Verfolgung und Bestrafung der Räuber

90) *L. 2. Cod. si a non compet. iudice iudicat. esse dic.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 17. Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 49. *Henr.* HILDEBRAND Diss. de recursu inordinato ad curias feudales in causis non feudalibus. *Altorf.* 1722. *Io. Wilh.* VOLCKAMER Specim. de illicita extensione iurisdictionis feudalis in vasallos eorumque subvasallos in causis non feudalibus. *Altorf.* 1789.

91) Man vergleiche hier das rechtl. Gutachten des Schöppenstuhls zu Jena, welches Hr. Regierungsrath Eichmann dem 4. Theile seiner Erklärungen des bürgerl. Rechts S. 433. folgg. im Auszuge beygefügt hat.

92) STOCKMANN a. a. O pag. 29.

93) *L. 61. §. 1. D. de iudiciis.* Latrunculator de re pecuniaria iudicare non potest.

und Mörder einschränkte[94]); so konnte im Gegentheil die Gerichtsbarkeit eines Richters, der nur über geringere Summen sprechen konnte, gültig auf grössere prorogirt werden[95]). Julian[96]) sagt dieses mit deutlichen Worten: Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat. Mit ihm stimmt auch Paulus[97]) überein, wenn er *lib. I. ad Edictum* schreibt: Inter convenientes, et de re maiori, apud Magistratus municipales agetur. Aus eben dem Grunde konnte auch ein Procurator Caesaris, der sonst nur in Finanzsachen Recht sprach[98]), Rechtshändel der Privatpersonen entscheiden, wenn sie durch Prorogation der Partheyen an ihn

94) *Latrunculatores*, welche Justinian *Nov.* 8. und 29. ληϛοδιώκτας καὶ βιοκωλύτας nennt, waren diejenigen, qui stationibus praeerant militum per provincias dispositis ad investigandos et persequendos latrones, wie sie CUJACIUS in Observat. iuris Rom. Lib. XIX. cap. 11. ganz richtig erklärt. Man vergleiche noch Ebendenselben in Expos. Novellar. ad Nov. 8. circ. fin. CORASIUS in Miscellan. iuris civ. Lib. III. cap. XVII. num. 9. VINNIUS de iurisdictione Lib. II. c. 2. und BRISSONIUS de Verborum Signif. voc. *Latrunculator*.

95) S. *O. A. H.* OELRICHS Specim. acad. ad L. 11. pr. et §. 1. D. de iurisdict. *Goettingae* 1787.

96) *L. 74. §. 1. D. de iudiciis.*

97) *L. 28. D. ad municipal.*

98) *Iac.* GUTHERIUS de officiis domus augustae Lib. III. cap. 33. CAMPIANI de officio et potestate magistratuum Rom. p. 413. sqq. und *Gottfr.* MASCOV de procuratore Caesaris §. XVIII.

ihn gebracht wurden [99]). Genug, daß seine Jurisdiction überhaupt eine Civiljurisdiction war [100]). Hieraus läßt sich jedoch nicht folgern, wie viele irrig gemeint haben [1]), daß alle prorogatio *de causa ad causam* für schlechterdings zulässig zu halten sey [2]), indem hieraus die größte Verwirrung der Gerichtsbarkeiten erwachsen würde.

99) *L. 1. Cod. de iurisdict. omn. iudic.* Non quidem fuit competens iudex Procurator noster in lite privatorum: sed, cum ipsi eum iudicem elegeritis, et is consentientibus adversariis sententiam tulerit, intelligitis, vos acquiescere debere rei ex consensu vestro iudicatae: cum et Procurator iudicandi potestatem inter certas habeat personas: et vos, incongruum eum esse vobis iudicem scientes, tamen audientiam eius elegistis. Siehe *Matth.* WESENBEC Commentar. ac Praelect. ad tertium libr. Cod. h. t. pag. 507. sq.

100) *Io. Ortw.* WESTENBERG in Principiis iuris sec. ord. Digestorum Lib. I. Tit. XIX. §. 2. in Desselben *Operib. iurid.* a IUNGIO editis T. II. pag. 54.

1) Z. B. VINNIUS in select. iuris quaestionib. Lib. I. c. 4. STRUV in Syntagm. iur. civ. Exerc. IV. Th. 59. GEBAUER in Comm. acad. de iurisdictione Cap. I. §. 16. pag. 52. Struben in den rechtl. Bedenken 1. Th. Bed. XIV. und EMMINGHAUS in notis ad *Cocceji* ius civ. controv. Quaest. XV. not. u. T. I. pag. 172.

2) Mit mir sind einverstanden COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Qu. XV. HUBER in Praelect. Iur. Rom. h. t. §. 11. KEMMERICH in Exercit. saep. laud. §. XVI. pag. 26. CRAMER in Diss. de iurisdict. prorogata §. 35. et 36. (Tom. II. *Opusculor.*) und *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. civ. h. t. §. 53. et 54. Alle diese stimmen darin überein, daß keine prorogatio *in causis diversi generis* Statt finde.

II) Muß auf die Art und Weise gesehen werden, wie die Prorogation geschieht. Denn so kann

a) durch keinen Vertrag der Partheyen die Gerichtsbarkeit dergestalt prorogirt werden, daß der Richter dieselbe auch ausser dem ihm angewiesenen Gerichtsdistrict auszuüben sich anmaßen dürfte [3]). Denn ausser dem Cirkel seiner Gerichtsbarkeit ist der Richter nichts mehr als eine Privatperson, (§. 189. n. IV. S. 48.) und die Partheyen können ihm durch ihren Vertrag keine Jurisdiction ertheilen, wo er keine hat. Ja es kann nicht einmal innerhalb des Gerichtsbezirks die Jurisdiction des Richters nach der Willkühr der Partheyen *de loco ad locum* prorogirt werden. Denn Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit z. B. müssen der Regel nach an der ordentlichen Gerichtsstelle vorgenommen werden [4]). Auch die Ertheilung der bonorum possessio decretalis soll nach der Vorschrift der Gesetze nirgends anderswo, als pro Tribunali, geschehen [5]).

b) Man

3) VINNIUS in select. iuris quaestionib. Lib. I. cap. 4. handelt hiervon ausführlich. Ihm stimmt auch VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 33. mit Anführung neuer Gründe bey. Dessen ungeachtet ist Hr. Prof. EMMINGHAUS a. a. O. der entgegengesetzten Meinung. Allein die von ihm angeführten Gesetzstellen (L. 1. D. Si quis in ius vocat. L. 7. D. qui satisd. cog. L. 29. C. de pact.) gehören nicht hierher, denn sie handeln nur überhaupt von der Entsagung des Gerichtsstandes. Man sehe auch Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 49. a. E.

4) Nettelbladt Versuch einer Anleitung zur ganzen practischen Rechtsgelahrheit §. 38. S. 25. folg. Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 48.

5) *L. 2. D. Quis ordo in bonor. possess. servet.* KOCH de Success. ab intestato §. 128.

b) Man kann ferner die Jurisdiction des Richters nicht zu einer Zeit prorogiren, wo er dieselbe nicht mehr hat, sondern sein obrigkeitliches Amt schon geendiget ist. Denn eine Obrigkeit ist nach niedergelegtem Amte nur wie eine Privatperson anzusehen [6]). Die Rechtsgelehrten nennen diese Prorogation *de tempore ad tempus*. Ulpian [7]) sagt zwar: possunt tempora, intra quae iussus est litem dirimere iudex datus, prorogari, si litigatores consentiant. Allein hier ist von keiner Prorogation der Gerichtsbarkeit die Rede, sondern die Frage war, ob nicht die Zeit, binnen welcher der den Partheyen auf ihr Verlangen vom Oberherrn bestellte Richter (iudex delegatus) den Rechtsstreit unter ihnen ausmachen sollte, mit derselben Einwilligung verlängert werden dürfe? Ulpian findet kein Bedenken, die Frage bejahend zu entscheiden, in soferne nicht etwa die weitere Hinaussetzung der vorgeschriebenen Frist in dem fürstlichen Auftragsschreiben (*Principali iussione*) ausdrücklich verboten worden wäre [8]). Bey der Prorogation der Gerichtsbarkeit kommt es ferner

III) auf die Qualität der Sachen an. Diese müssen von der Art seyn, daß eine Prorogation Statt finden kann. Ist demnach von einer freywilligen Prorogation die Rede, so muß der Gegenstand derselben so beschaffen seyn, daß es Privatpersonen nicht durch positive Gesetze untersagt ist, sich über eine beliebige Entschei-

6) *L. 13. D. de iurisdict.* Conf. VINNIUS a. a. O. pag. 27. VOET cit. loc. §. 34.

7) *L. 2. §. 2. D. de iudiciis.*

8) HUBER in Praelection. iuris Rom. h. t. §. 10. pag. 81. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Digestor. h. t. §. 12.

dung derselben unter sich zu vergleichen [9]). Die oben mehrmals angeführte Lex Iulia iudiciaria schränkt die Freyheit zu prorogiren bloß auf Privatsachen der Partheyen, d. i. welche nur lediglich ihr eigenes Interesse betreffen, ein, und schließt daher Criminalsachen, bey denen es auf eine öffentliche Strafe ankommt, stillschweigend aus [10]). Aus diesen Gründen behaupten auch die heutigen Rechtsgelehrten, daß in peinlichen Sachen die freywillige Prorogation wegfalle [11]), und billig ist dieses auf alle diejenigen Sachen auszudehnen, bey denen wegen des zum Grunde liegenden Staatsinteresse die Competenz des ordentlichen Richters erfordert wird, wenn auch nur von Handlungen der sogenannten freywilligen Gerichtsbarkeit die Rede seyn solle (§. 193 S. 87.). Daß ausserdem Sachen, die ihren befreyten Gerichtsstand haben, nicht nach der Willkühr der Partheyen prorogirt werden können, hat seinen Grund in dem Mangel der erforderlichen Gerichtsbarkeit, wie schon oben bey Nr. I. erinnert worden ist [12]). In Ansehung der sogenannten nothwendigen Prorogation wird ebenfalls erfordert, daß die besondere Eigenschaft der Sache, oder ein besonderes gesetzliches Verbot ihr nicht entgegen stehe. Daher wird z. B. die Recon-

ven-

9) STOCKMANN in Diss. saep. cit. §. 5. — *De causis iis omnibus, de quibus transactio licet, recte prorogari posse statuimus.*

10) S. NOODT de iurisdictione et imperio Lib. II. c. 12. et 15. BACH in Opusc. pag. 408.

11) VOET in Comment. ad Pandect. h. t. §. 37. KEMMERICH in Exercit. saep. cit. §. XVI. pag. 26. STOCKMANN a. a. O. pag. 26.

12) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. VI. obs. 802.

vention in Mandatssachen ohne Clausel [13]), desgleichen in geistlichen und Lehensachen, wenn die Hauptklage eine bloße weltliche oder Allodialsache zum Gegenstande hat, für unzuläßig gehalten [14]). Anton Faber [15]) hat zwar auch weitläuftig zu beweisen gesucht, daß bey Realklagen ihrer Natur nach keine Reconvention Statt finde; allein seine Gründe laufen am Ende auf lauter Subtilitäten hinaus, und fallen, bey genauerer Erwägung, dahin, wie schon längst Hilliger [16]) gründlich gezeigt hat. Endlich

IV) ist auch auf die Qualität der Personen Rücksicht zu nehmen, welche die Jurisdiction prorogiren. Und hier kommt es auf zwey Fragen an:

a) ob Personen, welche einen befreyeten Gerichtsstand haben, sich, mit Begebung desselben, der Gerichtsbarkeit eines andern Richters unterwerfen können? In Ansehung dieser Frage muß ein Unterschied gemacht werden, ob von einer nothwendigen oder freywilligen Prorogation die Rede ist. Im ersten Falle ist die Zuläßigkeit der Prorogation keinem gegründeten Zweifel unterworfen, weil hier nicht die Parthey, sondern das Gesetz

13) *I. H.* BOEHMER in Consult. T. III. P. III. Cons. DLXXI. n. 2.

14) OBERHAUSER in Praelect. canon. Lib. II. Tit. IV. §. 6. p. 39. HEDDERICH in Elem. iuris canon. P. II. §. 149. not. c. Hofmanns T. Reichspraxis 1. Th. §. 1109.

15) in Coniectur. iuris civ. Lib. XX. cap. 8. pag. 764. sqq.

16) in DONELLO enucleato Lib. XVII. cap. 18. lit. O. Mit diesem ist jedoch zu verbinden *Sam.* STRYK in Disp. ad L. *cum Papinianus* XIV. C. de sentent. et interlocut. omn. iudic. *Frfti ad Viadr.* 1673. Cap. II. §. 5. S. auch *a* RIEGGER Institution. iurisprud. eccleſiaſt. P. II. §. 650.

selbst die Jurisdiction des Richters prorogirt, und ein auch sogar hier eintretendes privilegium fori nicht bewiesen werden kann [17]). Hieraus folgt, daß Geistliche, wenn sie vor einem weltlichen Richter Klage erheben, die Jurisdiction eben dieses Richters auch in der Wiederklage, sofern nämlich dieselbe blos eine Civilsache zum Gegenstande hat, anerkennen müssen [18]). Eben dieses ist in Ansehung academischer [19]) und militairischer Personen zu behaupten, weil

17) Schnaubert's Beyträge zum T. Staats- und Kirchenrechte 2. Th. Nr. IV. §. 1. S. 163.

18) Verschiedene Rechtsgelehrten haben zwar das Gegentheil zu behaupten gesucht. Z. B. *Ant.* FABER in Coniectur. iur. civ. Lib. XX. cap. 7. pag. 764. *Rob.* KOENIG in Princip. iur. canon. Lib. II. T. IV. nr. 8. *Placid.* BOECKN in Comment. in Ius canon. Lib. II. Tit. IV. PIRHING in Iur. canon. eod. lib. et tit. nr. 9. und Estor in den Anfangsgründen des gem. und Reichsprocesses 1. Th. §. 2293. Allein BELLET in Disquisit. cleric. P. I. Tit. de favore clericorum, *Io. Pet.* SCHILTENPERGER in Quaestion. select. ex universo iure desumt. (*Ingolstad.* 1718.) Quaest. XI. *Herm. Ant. de* CHLINGENSPERG Disput. de Iudiciis (*Ingolst.* 1710.) Assert. LIII. *Lud.* ENGEL in Collegio universi iuris canon. Lib. II. Tit. IV. nr. 6. und besonders *Paul. Ios. a* RIEGGER in Institut. iurisprud. eccleiast. P. II. §. 645 — 650. pag. 325. haben diese Meinung weitläuftig widerlegt. Mit mir stimmen noch überein *I. H.* BOEHMER in Iure eccles. Protest. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 57. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 696. *Phil.* HEDDERICH in Elem. iuris canon. P. II. §. 149. not. d. *Maur.* SCHENKL in Syntagm. iur. eccles. §. 442. p. 299. und Danz in den Grundsätzen des bürgerl. Processes §. 35. S. 92.

19) Es fehlt zwar auch hier nicht an Rechtsgelehrten, die anderer Meinung sind. Z. B. RICHTER in Commentat. ad Auth. Habi-

weil keine persönliche Befreyung in Ansehung des Gerichtsstandes gegen diese nothwendige Erstreckung der Gerichtsbarkeit schützt [20]). Im andern Falle, wenn von der freywilligen Prorogation die Rede ist, ist die Frage: ob derjenige, welcher einen privilegirten Gerichtsstand hat, die Jurisdiction auf einen andern Richter erstrecken könne? mehrerem Zweifel unterworfen. Hr. Geh. Kriegsrath von Steck [21]) behauptet, es finde in keinem Falle die Entsagung eines befreyeten Gerichtsstandes statt, weil dergleichen besonderer Gerichtsstand ein Vorrecht ganzer Gemeinheiten, Gesellschaften, Stände und Gattungen der Menschen ist, mithin es nicht von der Willkühr einzelner Mitglieder der Gemeinheit abhange, sich einem andern incompetenten Richter zu unterwerfen. Allein nach allgemeinen Grundsätzen des Rechts würde vielmehr, dünkt mich, der Unterschied gemacht werden müssen, ob der befreyete Gerichtsstand bloß als ein Privilegium für den Prorogirenden eingeführt, oder ob dieser Gerichtsstand auch zugleich als eine besondere Gerechtsame des Richters anzusehen,

Habita. Cod. ne filius pro patre. P. III. Membr. 3. BECHMANN Diss. de privilegiis studios. cap. X. nr. 19. *Iul.* PACIUS in lib. sing. ad dict. Auth. cap. IX. nr. 15. und Estor in den Anfangsgr. a. a. O. S. 861. Allein unserer Meinung sind SCHILTENPERGER in den angef. Quaestion. select. univ. iuris. Quaest. XII. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. CXXIII. medit. 7. und WALCH in Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. IV. Cap. II. §. 3. pag. 751.

20) CLEEMANN in Disp. de mutuis petitionibus §. VIII.

21) in den Ausführungen politischer und rechtlicher Materien. (Berlin 1776. 8.) Nr. XVI. Von Entsagung eines befreyeten Gerichtsstandes.

sehen, oder doch die Entsagung dieses Gerichtsstandes den Gerichtspflichtigen ausdrücklich verboten sey; und nur in den beyden letztern Fällen könnte, nach meiner Meinung, die Prorogation für unzuläßig gehalten werden, in dem erstern Falle aber nicht [22]). Dieses beruhet theils auf den schon anderwärts vorgetragenen allgemeinen Grundsätzen von der Begebung zuständiger Privilegien [23]), theils auf der Frage, ob gegen verbietende Vorschriften der Gesetze eine Entsagung statt finde [24])? So entschieden jedoch dieses an sich ist, mit so vielen Schwierigkeiten ist dennoch die Anwendung dieser Grundsätze in vorkommenden einzelnen Fällen oft verbunden Ein wichtiges Beyspiel giebt die sehr controverse Rechtsfrage: Ob ein Geistlicher die Gerichtsbarkeit eines weltlichen Richters in einer Civilrechtssache freywillig prorogiren könne? welche von Hellfeld und von vielen andern Rechtsgelehrten bejahet [25]), aber auch von eben so vielen ver-

22) Schnaubert in den angef. Beyträgen 2. Th. Nr. III. §. 3. lit. B S. 154.

23) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 99. S. 565.

24) S. dieses Commentars 1. Th. §. 14. c S. 107.

25) Dieser Meinung sind *Casp.* ZIEGLER in Diss. de foro privilegiato. (*Vitemb.* 1662.) Cap. III. §. 15. sqq. *Matth.* STEPHANI Tract. de iurisdictione Lib. I. Cap. XXII. nr. 16. *I. H.* BOEHMER in Jur. eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 40. et 41. *Io.* SCHILTER Institut. iuris canon. Lib. I. Tit. XVIII. §. 9. Jacob Fried. Ludovici Einleitung zum Consistorialproceß Kap. 5. §. 7. folgg. *Sam.* STRYK ad *Brunnemanni* Ius eccles. Lib. III. Cap. I. §. 12. und Ebenderselbe de cautelis contract. Sect. I. Cap. V. §. 19. *Frid. Es.* PUFENDORF in lib. de iurisdict. germanica P. I. Cap. IV. §. 105. Joh. Christ.

verneinet wird [26]). Die Ursache dieser Verschiedenheit der Meinungen liegt in dem offenbaren Widerspruche, den wir bey Entscheidung der gedachten Frage in den Vorschriften des römischen und canonischen Rechts antreffen. Das Justinianeische Recht erlaubt einem jeden, der sonst einen befreyeten Gerichtsstand hat, und insonderheit auch den Geistlichen, die freywillige Unterwerfung unter einem sonst nicht zuständigen Richter, und erklärt nicht nur das Versprechen, *se non usurum fori praescriptione propter sacerdotii praerogativam*, für gültig, sondern auch schon die bloße Absicht, davon einseitig abgehen zu wollen, für völlig unerlaubt, weil es niemand erlaubt seyn könne, wider seinen eingegangenen Vertrag zu handeln, und einen andern,

Christ. Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 4. St. Nr. VIII. S. 131. u. folgg. *Io. Aug.* BACH in Diss. de prorogatione iurisdictionis §. 8. in *Opusculis iurid.* pag. 426. sqq. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4212.

26) Für diese Meinung streiten *Ant. Dadin.* ALTESERRA in Vindiciis iurisdictionis eccleſiaſt. Lib. III. cap. IV. pag. 112. sqq. *Herm. Ant. de* CHLINGENSPERG in Disput. de Iudiciis. Assert. XXXVII. *Ioſ.* FINESTRES *et de* MONSALVO Commentar. in Hermogeniani ICti iuris epitomar. libros VI. Tom. I. pag. 339. *Traugott* THOMASIUS in Diss. de foro clericorum protestantium, consistorio, non prorogabili. *Lipsiae* 1731. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. §. 243. not. b. *Maur.* SCHENCKL in Syntagm. iuris eccles. §. 444. *Phil.* HEDDERICH in Elem. iuris canon. P. II. §. 139. *Car. Henr.* GEISLER Animadversion. ex universo iure depromtarum Spicileg. I. (*Vitembergae* 1787.) Nr. 2. HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. V. obs. 650. p. 232. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 151. u. a. m.

dern, der darauf gebauet hat, wissentlich zu hintergehen [27]). Das Canonische Recht hingegen verbietet den Geistlichen schlechterdings, sich mittelst Vertrags einem fremden, zumal einem weltlichen Richter, eigenmächtig zu unterwerfen, und erklärt sogar einen in dieser Hinsicht geleisteten Eid für völlig unkräftig und unverbindlich [28]). Die Gründe sind, weil der den Geistlichen verliehene befreyete Gerichtsstand, oder ihre Befugniß, den Gerichtszwang eines weltlichen Richters nicht anerkennen zu dürfen, keine bloß persönliche Rechtswohlthat, deren man sich nach eigener Willkühr begeben könne, sondern ein Vorrecht des Kirchenstaats und der Hierarchie sey, welches dem ganzen Orden, dem gesammten geistlichen Stande, ertheilet worden, und auf die öffentliche Kirchenverfassung gegründet ist, mithin durch keine, wenn gleich eidliche, Verträge einzelner Mitglieder im mindesten geändert werden könne. Denn kein Eid gelte, der gegen ein gesetzliches Verbot geleistet wor-

den

27) *L. 51. Cod. de Episcop. et Clericis.* — Sancimus, non licere adversus sua pacta venire, et contrahentes decipere, cum regula sit iuris antiqui: *omnes licentiam habere, his, quae pro se indulta sunt, renunciare.*

28) *Cap. 12. X. de foro compet.* — Cum hoc ius in Milevitano et Carthaginensi Conciliis sit specialiter promulgatum, ne clerici clericos relicto suo pontifice ad iudicia publica pertrahant, alioquin causam perdant —: manifeste patet, quod non solum inviti sed etiam voluntarii paciſci non possunt, ut secularia iudicia subeant, *cum non sit beneficium hoc personale, cui renunciari valeat, sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum: cui privatorum pactio derogare non potest. Nec iuramentum licite servari potuit, quod contra canonica statuta illicitis pactionibus informatur.*

den ist. Aus diesen Gründen ist daher nach dem canonischen Rechte die freywillige Unterwerfung der Geistlichen unter einem weltlichen Richter auch nicht einmal alsdann für zuläßig zu halten, wenn selbige gleich in einer bloß bürgerlichen Sache mit Einwilligung des Bischoffs geschehen seyn sollte [29]). So widersprechend indessen die Vorschriften des römischen und canonischen Rechts hierin sind, so wenig läßt sich jedoch mit Cujaz [30]) behaupten, als ob die Päbste durch ihre Verordnungen jene Vorschrift des Justi-

29) *Cap. 18. X. eodem*: — Licet privatorum consensus eum, qui iurisdictioni praeesse dignoscitur, suum possit iudicem constituere, *clerici tamen in iudicem non suum* (nisi forsan sit persona ecclesiastica, et episcopi dioecesani voluntas accedat) *consentire non possunt.* Nach dem ältern canonischen Rechte konnte sich zwar ein Geistlicher mit Einwilligung seines Bischoffs der Jurisdiction eines weltlichen Richters unterwerfen, wie *Ant. Dadin.* ALTESERRA in Innocentio III. seu Commentar. in singul. Decretales huiusce Pontificis Lib. II. Tit. II. cap. 12. pag. 230. aus dem *can. 31. Concil. Arelatens. III.* und *can. 20. Conc. Aurelianens. IV.* gezeigt hat. Allein deßwegen verdient doch Gregor IX. den Vorwurf nicht, den ihm Cujaz in Recitat. ad Decretal. Tit. de foro competente c. 1. pag. 30. macht, als ob er jenes ältere Recht zuerst abgeschaft, und ein novum et antea inusitatum ius eingeführt habe. Denn eben dieses war schon vor ihm Rechtens, und fließt aus den Gründen, die P. Innocenz III. im *cap. 12. X. de foro competente* gegen die Prorogation des Gerichtsstandes der Geistlichen anführt, schon von selbst her. Die Gründe des Cujaz hat schon *Ian. a* COSTA in Summar. Decretal. h. t. pag. 362. widerlegt.

30) *Recitat.* in Decretales ad cap. 12. X. de foro compet. Den Cujaz hat gründlich widerlegt *Eman.* GONZALEZ TELLEZ in Commentar. in Decretal. Gregorii IX. Tom. II. Lib. II. Tit. II. ad cap. 12. de foro compet. nr. 12. pag. 81. sqq.

Justinianeischen Rechts aufzuheben, und ein neues vorher ganz unerhörtes Recht einzuführen gesucht hätten. Nein! Denn, wie schon Janus a Costa [31]) und Johann August Bach [32]) bemerkt haben, so war der befreyete Gerichtsstand der Geistlichen zu Justinians Zeiten ganz anders beschaffen, als in den nachfolgenden Zeiten, da die geistliche Gerichtsbarkeit durch die Concession der weltlichen Regenten, und durch das päbstliche Recht ein eigenthümliches Recht der Bischöffe geworden ist. Denn zu der Zeit, da Justinian die gedachte Verordnung der L. 51. C. de Episc. et Cleric. bekannt machte, bestand das privilegium fori der Geistlichen bloß darin, daß die in der kaiserlichen Residenzstadt wohnenden nur bey dem Praefectus Praetorio, die in den Provinzen aber bey keinem andern Richter als bey dem Präses oder Rector der Provinz belangt werden sollten [33]). Es war demnach der Gerichtsstand der Geistlichen in bürgerlichen Sachen damals noch kein kirchlicher, sondern ein bloß weltlicher, der bloß aus Faveur und Achtung für den geistlichen Stand (*ut eis beatitudinis honor debitus reservetur*) war eingeführt worden. In der Folge verordnete nun zwar Justinian [34]), daß wer eine Klage gegen einen Geistlichen hätte, dieselbe bey

31) in Summar. Decretal. Tit. de foro compet. pag. 361.

32) in Diss. de prorogat. iurisdict. §. 6. in *Opuscul.* pag. 422.

33) *L. 33. Cod. de Episcop. et Cleric.*

34) *Nov. LXXIX. cap.* 1. *Nov. LXXXIII.* et *Nov. CXXIII. cap.* 21. Die Geschichte dieser Gesetze hat sehr genau entwickelt *Zeger Bernh. van* ESPEN in Iure eccles. univ. P. III. Tit. I. Cap. IV. in *Operib. a Io. Pet.* GIBERT *noviss. editis* Tom. IV. pag. 8.

bey dem Bischoff des Orts anbringen sollte, jedoch befreyete der Kaiser hierdurch die Geistlichen eben so wenig von aller weltlichen Gerichtsbarkeit, als sich behaupten läßt, daß die Bischöffe schon damalen ein eigenthümliches Recht, die Rechtshändel der Geistlichen zu entscheiden, erlangt hätten. Nein! Justinian verordnet vielmehr ausdrücklich, daß wenn es etwa, wegen der besondern Beschaffenheit der Sache, oder wegen anderer Schwierigkeiten dem Bischoff nicht möglich wäre, die Sache zu entscheiden, sodann immer noch den Klägern erlaubt seyn solle, ihre Klagen gegen Geistliche bey den oben gedachten weltlichen Richtern anzustellen, so wie er denn auch diesen letztern das Recht vorbehalten, die Sentenz des Bischoffs, wenn etwa die eine von den streitenden Partheyen binnen zehen Tagen Beschwerde dagegen geführt hätte, zu prüfen, und solche entweder abzuändern oder zu bestätigen, und in diesem letztern Falle auch dieselbe zu vollziehen [35]). Da also dieser befreyete Gerichtsstand der Geistlichen zu Justinians Zeiten blos zum Faveur der Geistlichkeit, und, als ein Privilegium für sie, war eingeführt worden, so ist kein Wunder, wenn es den Geistlichen damals erlaubt gewesen ist, sich desselben noch Willkühr zu begeben [36]). Allein eine ganz andere

35) *Nov. CXXIII. cap.* 21.

36) In Gratians Decrete findet sich zwar ein Canon, daraus man beweisen möchte, daß die Befugniß, in Sachen der Geistlichen Recht zu sprechen, schon längst vor Justinian eine den Bischöffen erworbene Gerechtsame gewesen sey. Denn so heißt es *can. 17. Cauſ. XI. quaeſt. 1.* bey Gratian: Clericum nullus praesumat apud saecularem iudicem, Episcopo non permittente, pulsare. Dieser Canon ist, wie aus der Ueber-

andere Beschaffenheit hatte das forum privilegiatum clericorum zu den Zeiten, da Pabst Gregor IX. seine Decretalen promulgirte. Denn wie nunmehr die geistliche Gerichtsbarkeit schon längst durch die Concession der weltlichen

schrift desselben erhellet, *ex Concilio Agathensi can.* 32. genommen, welche Synode im Jahr Chr. 506 in Frankreich gehalten worden ist. Allein, wie schon *van* ESPEN in Iure eccles. univ. P. III. Tit. I. cap. V. §. 8. richtig bemerkt hat, so ist es dem Gratian mit diesem Canon, wie mit vielen andern, gegangen, daß er denselben unrichtig dargestellt, und ihm einen Sinn beygelegt hat, woran die Väter des Conciliums zu Agde nie gedacht haben. Denn nach den besten Ausgaben der Concilienschlüsse lautet der *can.* 32. *Concilii Agathensis* folgendermassen: Clericus ne quemquam praesumat apud saecularem iudicem, Episcopo non permittente, pulsare; sed si pulsatus fuerit, respondeat; wie, ausser den römischen Correctoren, vorzüglich *Car. Sebast.* BERARDUS ad Gratiani canones P. I. Cap. XXIII. pag. 249. (*edit. Venet.* 1777. 4.) gezeigt hat. Zufolge dieses Agdischen Concilienschlusses sollte also nur kein Geistlicher, ohne Erlaubniß seines Bischoffs, mit Jemand einen Proceß anfangen, sich aber doch ohnweigerlich vor dem weltlichen Richter stellen, wenn er selbst von Jemand belangt worden wäre. Daß dieses der Verfassung der damaligen Kirchendisciplin gemäß gewesen sey, beweist auch noch ein anderes in Frankreich zu *Epaon* im Jahr 517 gehaltenes Concilium, in dessen *can.* 11. folgendes verordnet ist: Clerici sine ordinatione Episcopi sui adire vel interpellare publicum non praesumant, sed si pulsati fuerint, sequi ad saeculare iudicium non morentur. Es waren also damalen die Geistlichen unstreitig noch den weltlichen Gerichten unterworfen. Man sehe *Franc.* FLORENTIS Tract. ad Gratiani Caus. XI. Qu. 1. in *Operib. iurid.* Tom. II. pag. 9. sq. und *van* ESPEN in brevi Commentar. in sec. Part. GRATIANI Caus. XI. in *Operib.* Tom. VIII. pag. 59. sqq.

lichen Regenten ein eigenthümliches auf das System der Hierarchie gegründetes und durch die Kirchengesetze bestätigtes Vorrecht der Bischöffe geworden war, so wurde dieselbe auch jetzt insonderheit in den persönlichen Sachen der Geistlichen von den Bischöffen, als eine ihnen eigene Befugniß, ausgeübt, und hierdurch der Gerichtsstand der Geistlichkeit, der noch zu Justinians Zeiten ein weltlicher, oder wenigstens, selbst durch die Novellen dieses Kaisers, von aller weltlichen Gerichtsbarkeit noch nicht ganz befreyeter Gerichtsstand war, in einen kirchlichen ganz eximirten Gerichtsstand verwandelt [37]). Auf diese öffentliche Kirchenverfassung seiner Zeiten gründet sich also die oben angeführte Verordnung des Pabsts Innocenz III. in cap 12. X. de foro competente [38]). Denn daß der Pabst hierdurch kein neues vorher unerhörtes Recht habe einführen wollen, erhellet aus den Entscheidungsgründen desselben, insonderheit aus der Berufung auf die ältern Concilienschlüsse.

37) Die aus den Capitularien der fränkischen Könige, und den Concilienschlüssen hierher gehörigen Beweise findet man alle in chronologischer Ordnung zusammengestellt bey *van* ESPEN in Iure eccles. univ. a. a. O. Cap. IV. §. 20. sqq. Noch ausführlicher hat die Geschichte von der successiven Gründung und Erweiterung der bischöflichen Gerichtsbarkeit über die Geistlichen abgehandelt *Lud.* THOMASSINUS in veteri et nova ecclesiae disciplina P. II. Lib. III. Cap. 101 — 114. (nach der Mainzer Ausgabe 1787. 4.) Man sehe auch den Tit. de iudiciis im 6. Th. dieses Commentars §. 523.

38) S. GONZALEZ TELLEZ in Commentar. ad c. 12. X. de foro competente, und ALTESERRA in Vindiciis iurisdictionis eccles. Lib. III. cap. 4.

schlüsse[39]). Es kommt nun alles darauf an, welchem Rechte heut zu Tage der Vorzug zu gestatten sey? Ich bin hier mit Hrn. Hofrath Schnaubert[40]) darin einverstanden, daß bey der vorgelegten Frage ein Unterschied zwischen der katholischen und der protestantischen Kirche zu machen sey. In Ansehung der katholischen Kirche verdient unstreitig diejenige Meinung den Vorzug, welche dem canonischen Rechte das Wort redet. Denn in Ansehung derselben treten auch noch heutiges Tages dieselbigen Gründe ein, aus denen den Geistlichen die freywillige Unterwerffung unter einen weltlichen Richter verboten worden ist. Allein in Ansehung der protestantischen Kirche sehe ich nicht sowohl darauf, was man hierbey für ein System von dem Grunde der den evangelischen Landesherren zustehenden Kirchengewalt annimmt. Denn, da diese Systeme sehr verschieden sind[41]), so würde auf solche Art die Frage immer

39) Der Pabst beruft sich auf das Milevitanische und Carthaginensische Concilium, und versteht darunter die unter diesen Ueberschriften in Gratians Decrete vorkommende bekannten Texte *can.* 42. *et* 43. *Caus. XI. qu.* 1. Allein was Gratian dem Milevitanischen Concilium zuschreibt, ist in demselben nirgends, wohl aber im *Concilio Toletano III.* vom Jahre 589. *can.* 13. zu finden, wie auch schon die CORRECTORES ROMANI in ihrer Anmerkung zum c. 42. erinnert haben. Die Ursache dieses Irrthums untersucht *Car. Seb.* BERARDUS ad Gratiani Canones P. I. Cap. XVI. pag. 177.

40) In den Beyträgen zum T. Staats- und Kirchenrecht 2. Th. Nr. IV. unter dem Titel: Kann ein Geistlicher die Gerichtsbarkeit eines weltlichen Richters in einer weltlichen Sache freywillig prorogiren?

41) Man sehe *Dan.* NETTELBLADT Commentat. de tribus systematibus doctrinae de iure sacrorum dirigendorum domini territoria-

immer unentschieden bleiben; sondern es kommt vielmehr meines Erachtens auf die besondere Verfassung der evangelischen Kirche selbst an. Es stehet nämlich die geistliche Gerichtsbarkeit entweder der Kirche selbst, als ein gesellschaftliches und ihr erworbenes Recht, zu, oder sie wird im Namen des evangelischen Landesherrn durch seine Consistorien ausgeübt, oder sie ist gewissen Unterthanen, z. B. Adelichen auf ihren Gütern, oder dem Magistrat einer Landstadt, als eine eigenthümliche Gerechtsame (iurisdictio realis s. patrimonialis), vom Landesherrn verliehen worden. Im erstern Falle, wenn z. B. eine evangelische Kirche sich unter katholischer Landesobrigkeit befindet, welcher vermöge des Entscheidungsjahrs das eigenthümliche Recht eines Consistoriums zusteht[42]), gehört die geistliche Gerichtsbarkeit zu der eigenthümlichen und von der weltlichen Herrschaft wesentlich unterschiedenen Kirchengewalt ei-

 ner

torialis evangelici quoad ecclesias evangelicas sui territorii; in EIUS *Observation. iuris ecclesiastici.* (Halae 1783. 8.) Nr. VI. Desselben Abhandl. über die Kirchengewalt der evangel. Landesherren in Ansehung ihrer evangel. Unterthanen; in Seinen Abhandlungen aus dem protest. Kirchenrechte (Halle 1783. 8.) Nr. IV. Schnaubert von dem Grunde der den evangel. Landesherren in Kirchensachen zustehenden Gerechtsamen; in Desselben Beyträgen zum T. St. u. K. R. 1. Th. Nr. XI. und *Io.* IUNG Origines iuris sacrorum Commentat. II. systemata Protestantium cum historia Ecclesiae, Imperii R. G. et Pacificationum publicarum comparata continens. *Heidelbergae* 1783. 8.

42) *Instr. Pac. Osn. Art. V. §. 31.* Man vergleiche *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de clerico debitore. (*Halae* 1715.) Cap. II. §. XII. *G. L.* BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 199. Strubens Nebenstunden Th. 2. Abh. VI. und Th. 3. Abh. XV.

ner solchen Kirche, worauf dieselbe eben so ein erworbenes und ausschliessendes Recht hat, gleichwie die Bischöffe nach dem canonischen Rechte haben[43]). Es findet folglich auch hier jene Verordnung des canonischen Rechts, vermöge welcher ein Geistlicher die Jurisdiction in einer bürgerlichen Rechtssache auf einen weltlichen Richter nicht prorogiren darf, so wie die vom P. Innocenz III. desfalls angeführte Ursache: pacto privatorum iuri publico minime derogari, ihre vollkommene Anwendung. Denn es gehört in einem solchen Falle unstreitig zur innern Verfassung und öffentlichem Zustande einer solchen Kirche, daß ihr, als Gesellschaft, die geistliche Gerichtsbarkeit auch über ihre Geistlichen ausschließlich zusteht. Im andern Falle hingegen repräsentirt ein solches landesherrliches Consistorium unmittelbar den evangelischen Landesherrn, der es angeordnet hat, und desselben Gerichtsbarkeit ist eben sowohl, wie die Jurisdiction der von ihm angeordneten weltlichen Gerichte nur eine persönliche oder Amtsgerichtsbarkeit. Es unterscheidet sich von andern landesherrlichen Gerichten blos darin, daß demselben ein besonderes Fach von Sachen, nämlich Kirchensachen, und eine gewisse Gattung von Personen, nämlich die Geistlichen und andere kirchliche Personen vom Landesherrn angewiesen worden ist. Wenn nun gleich Kirchensachen auch in evangelischen Landen dem Consistorium dergestalt angewiesen sind, daß nachher jeder andere Richter des Staats in denselben, als in Sachen, welche in seiner Gerichtsbarkeit gar nicht begriffen sind, incompetent geworden ist; so kann doch die Incompetenz des

welt-

43) *I. H.* BOEHMER Iur. eccl. Protest. T. I. Lib. I. Tit. XXVIII. §. 43. pag. 640.

weltlichen Richters in Ansehung der Person eines Geistlichen in einer bloßen bürgerlichen Rechtssache durch die Prorogation um so mehr gehoben werden, da der privilegirte Gerichtsstand in diesem Falle blos als ein Privilegium der Geistlichen, keinesweges aber als ein Privilegium des Richters zu betrachten ist. Mithin bleibt es hier bey der oben angeführten Verordnung des Justinianeischen Rechts. Daher es auch nach dem Gerichtsbrauche bey den Protestanten keinen Zweifel hat, daß ein Geistlicher in bloßen weltlichen Sachen, zumal in einzelnen Fällen, mittelst Vertrags sich seines befreyeten Gerichtsstandes füglich begeben könne, und daß eine solche Entsagung auch ohne eidliche Bestätigung alle rechtsbehörige Gültigkeit habe [44]). Endlich in dem letztern Falle [45]) fällt die Prorogation, zu Folge des oben vorgetragenen Grundsatzes, daß diejenigen, welche einer Patrimonial- oder Realjurisdiction unterworfen sind, dieselbe nicht ohne Erlaubniß ihrer Gerichtsobrigkeit auf einen andern Richter prorogiren können, schon von selbst weg. Mithin kann kein geistlicher Gerichtspflichtiger sich derselben auch nur in einem einzelnen Falle entziehen, ohne der eigenen und erworbenen Gerechtsame seines geistlichen Richters zu nahe zu treten.

44) Man vergleiche vorzüglich *I. H.* BOEHMER Ius eccles. Prot. Tom. I. Lib. II. Tit. II. §. 41. pag. 1012. und Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 4. Stück Nr. VIII. S. 133.

45) Von solchen Consistoriis mediatorum führt *Iust. Henn.* BOEHMER in Diss. cit. de clerico debitore Cap. II. §. 11. verschiedene merkwürdige Beyspiele an. S. auch *G. L.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 183. und Pütters Erörterungen und Beyspiele des teutschen Staats- u. Fürstenrechts 2. Th. S. 74. folg.

Aus eben diesen Grundsätzen ist auch die Frage zu entscheiden: ob eine academische Person sich ihres befreyten Gerichtsstandes begeben, und einem andern Richter sich unterwerfen könne? Die Verneinung dieser Frage findet um so weniger Zweifel, da die academische Gerichtsbarkeit heut zu Tage eine iurisdictio realis, ein der Academie, als einer universitati, zuständiges eigenthümliches Recht ist [46]).

Nun

46) S. *Henr.* BALEMANN Diss. epistol. de iurisdictione academica non proroganda. *Giessae* 1755. Joh. Ernst Flörkens Erörterung der Rechtsfrage, ob Jemand, besonders ein Geistlicher, wie auch ein Academicus, desgleichen ein Soldat, seines befreyten Gerichtsstandes sich begeben könne? Halle 1758. 4. Joh. Christoph Kochs rechtliche Gedanken von der Gerichtsbarkeit der Universitäten. Giessen 1764. 4. *Car. Frid.* WALCH in Introduct. in controvers. iuris civ. Sect. IV. cap. 2. §. 2. pag. 750. welcher zugleich die über diese Frage zwischen Huber und van Eck gewechselten Streitschriften vollständig anführt; den Streit selbst erzählt Nettelbladt in den Hallischen Beyträgen zur Gelehrtenhistorie 1. Th. 2. St. Nr. V. S. 355. u. folgg. Unter den neuern Rechtsgelehrten behaupten zwar LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. LXXVII. med. 4. COCCEJI in Iur. civ. controv. T. I. Lib. V. Tit. I. Qu. 23. *I. H.* BOEHMER in Iur. eccl. Protest. T. I. Lib. II. Tit. II. §. 42. u. a. m. daß es einem akademischen Bürger nirgends verboten sey, sich in einzelnen besondern Fällen vor andern Gerichten zu stellen, und daselbst sich einzulassen, und HOFACKER in Princip. iur. civ. T. III. §. 4212. a. E. nimmt nur Disciplinarsachen aus. Allein mit besserm Rechte halten andere Rechtsgelehrten auch diese Art der Prorogation für unzuläßig. S. ausser Flörken in der angef. Schrift §. 14. noch EMMINGHAUS in not. ad *Cocceji* Ius controv. c. l. not. g. pag. 424. und MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 128. nr. II. pag. 244.

Nun entsteht noch

b) die andere Hauptfrage: ob Jemand, der keinen befreyeten Gerichtsstand hat, die Gerichtsbarkeit auf einen solchen Richter prorogiren könne, der nur für die Rechtssachen privilegirter Personen ausschließlich bestellet ist? Z. B. kann eine Person, die zur Academie auf keine Weise gehört, sich dem academischen Gerichte, oder eine Person, die kein Soldat ist, dem militärischen Gerichte unterwerfen? Meines Erachtens kann hier keine Prorogation Statt finden. Schon die Natur der Privilegien erlaubt dieses nicht. Denn sonst würden ja Personen, die kein privilegium fori haben, sich eines solchen nach ihrem Gefallen theilhaftig machen können. Hierzu kommt die deutliche Verordnung des Kaisers Gordian[47], welcher folgendermaßen rescribirt hat: Si militaris iudex super ea causa, de qua civilibus actionibus disceptandum fuit, non datus, a quo dari poterat, cognovit: etiam remota appellatione id, quod ab eo statutum est, firmitatem iudicati non habet[48].

Was endlich noch die Wirkungen der Prorogation betrift, so ist zwar überhaupt gewiß, daß der prorogirte Richter eben dieselbige Gewalt über die streitenden Partheyen erlangt, welche der ordentliche Richter hat. Er kann daher gegen die Ungehorsamen mit Zwang- und

47) *L. 2. Cod. si a non competente iudice iudicatum esse dicatur.*

48) Mit mir stimmen überein VOET in Commentar. ad Pandect. h. t. §. 17. BACH in Exercitat. de prorogatione iurisdiction. §. 3. circa fin. in *Opusculis* pag. 412. sq. und STOCKMANN in Diss. saep. cit. de iurisdictione prorogat. §. 5. circ. fin. pag. 28.

Strafmitteln verfahren, und seine Verfügungen und Urtheile vollziehen. Jedoch wird natürlicher Weise vorausgesetzt, daß der prorogirende Theil entweder unter dem Gerichtszwange dieses Richters angetroffen werde, oder wenigstens Güter daselbst besitze, in welche die Execution vollstreckt werden kann [49]).

§. 208.

Von der *iurisdictione mandata* nach römischen und heutigen Rechten. Erläuterung der *L. 1. D. de offic. eius, cui mand. e. iurisdict. L. 2. D. quis a quo appell.* und *L. 13. D. de offic. Proconſ.*

Ganz verschieden von der iurisdictione prorogata ist die IURISDICTIO MANDATA. Eine obrigkeitliche Person übt die ihr vom Staat verliehene Gerichtsbarkeit entweder selbst aus, oder sie überträgt die Verwaltung derselben, ganz oder zum Theil, einem andern. Im ersten Falle wird sie eine eigne (iurisdictio *propria*), in dem andern aber eine abgetretene (mandata) genennt. Unter einer iurisdictio mandata wird also eine solche Gerichtsbarkeit verstanden, die man im Namen und an der Stelle einer andern obrigkeitlichen Person, vermöge einer von derselben erhaltenen Vollmacht, ausübt [50]). Wer die Juris-

49) KEMMERICH in Exercit. de prorogatione iurisdictionis §. XVII. et STOCKMANN in Diss. all. §. VII.

50) S. *Auguſtin.* CAMPIANI de officio et potestate magistratuum Rom. pag. 452. sqq. *Ger.* NOODT de iurisdictione et imperio Lib. II. cap. I — II. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. primae Pandectar. h. t. §. 8 — II. QUINTANADUEGNA Lib. I. Tit. XI.

risdiction mandiren will, muß, wie Julian [51]) ſagt, die Gerichtsbarkeit *ſuo iure* beſitzen, d. i. ſie von dem Oberhaupte des Staats ſelbſt erhalten haben; ſie mußte ihm bey den Römern, vermöge eines vom Staat ertheilten obrigkeitlichen Amtes (iure magiſtratus), zuſtehen. Denn nur eine IURISDICTIO PROPRIA kann einem andern zur Ausübung überlaſſen werden. Eine MANDATA hingegen iſt, nach dem Ausſpruche des Paulus [52]), keiner weitern Uebertragung fähig. Die römiſchen Magiſtratsperſonen durften nun ihre Gerichtsbarkeit nach Gefallen mandiren [53]). Denn oft erlaubte ihnen die Menge anderer Staats- und Kriegsgeſchäfte nicht, ſie ſelbſt zu verwalten; oft waren ſie auch nicht einmal der Rechte kundig. Der Auftrag konnte auch einer Privatperſon eben ſo gut als einer obrigkeitlichen Perſon geſchehen [54]), allein doch immer nur einer ſolchen Perſon, welche die zur Verwaltung des richterlichen Amtes erforderlichen Eigenſchaften hatte. Eine römiſche Magiſtratsperſon konnte jedoch ordentlicher Weiſe nur die Ausübung desjenigen an andere überlaſſen, was more maiorum zu ihrem Amte gehör-

ꝛc.

51) *L. 5. D. de iurisdict.* More maiorum ita comparatum eſt, ut is demum iurisdictionem mandare poſſit, qui eam *ſuo iure*, non *alieno beneficio*, haberet. Das *alieno beneficio* iſt ſoviel als ex mandato magiſtratus, wie es QUINTANADUEGNA a. a. O. nr. 2. pag. 259. ganz richtig erklärt.

52) *L. 5. D. de officio eius, cui mandata eſt iurisdictio.* Mandatam ſibi iurisdictionem mandare alteri non poſſe, manifeſtum eſt.

53) *L. 6. §. 1. D. de officio Proconſ.* — Mandare iurisdictionem vel non mandare, eſt in arbitrio Proconſulis.

54) *L. 3. L. 5. §. 1. D. de officio eius, cui mand. eſt iurisdict.*

te [55]). Denn was vermöge eines Volksschlusses [56]), oder Senatusconsultums [57]), oder einer kaiserlichen Constitution [58]) der obrigkeitlichen Charge besonders beygelegt war, gieng nicht auf den Stellvertreter über. Der Mandatarius erhielt daher durch den Auftrag so wenig das imperium merum (S. 30) als die Legis actio (S. 10). Allein war ihm die Jurisdiction überhaupt anvertrauet, so verstand sich das imperium mixtum von selbst [59]). Wir finden zwar in den römischen Gesetzen, daß der Stellvertreter zuweilen auch solche Dinge habe versehen können, die nicht zum ordentlichen Amte der obrigkeitlichen Person gehörten; allein es mußte doch immer eine besondere Veranlassung dazu vorhanden seyn, z. B. Abwesenheit, und dann konnte der

55) *L.* 1. *D. eodem. Scip.* GENTILIS de iurisdict. lib. II. c. 13. et 14.

56) Z. B. die Bestellung der Vormünder für Unmündige, wozu die *Lex Attilia* den Prätor Urbanus, die *Lex Iulia et Titia* aber den Präses der Provinz authorisirte. §. 1. *I. de attilian. tut.* Daher sagt Ulpian *L. 3. pr. D. de tutor. et curat. dat.* Nec mandante Praeside alius tutorem dare poterit.

57) Z. B. die Untersuchung bey gewaltsamer Entleibung eines Herrn gegen die Sclaven desselben, die nach dem Senatusconsultum Silanianum dem Prätor zustand. Vid. *tit. Dig. de SCto Silaniano,* (XXIX. 5.)

58) Ein Beyspiel giebt die Untersuchung und obrigkeitliche Bestätigung des Vergleichs über künftigen Unterhalt, vermöge der Verordnung des Kaiser Marcus. *L. 8. pr. D. de transact.* Diese konnte der Prätor oder Präses keinem andern überlassen. *L. 8. §. 18. D. eod.* Man vergleiche überhaupt GENTILIS de iurisd. II. 15—18.

59) *L. 1. in fin. L. 5. §. 1. D. de offic. eius cui mand. e. iurisd.*

der Auftrag nur einer solchen Person geschehen, die die Gesetze auf solchen Fall schon authorisirt hatten. So z. B. konnte der legatus Proconsulis vermöge einer Verordnung des Divus MARCUS Vormünder bestellen[60]; vermöge eben dieser Verordnung konnte der Präses der Provinz auch die Municipalobrigkeiten hierzu bevollmächtigen[61]. Im Nothfall konnte der legatus Proconsulis auch Sklaven manumittiren, wenn er nämlich den besondern Auftrag hierzu in der Provinz erhielt, denn ausserdem hatte der Legatus ordentlicher Weise keine legis actio[62]. Sogar das

60) *L. 15. D. de offic. Proconſ. L. 1. §. 1. D. de tutor. et curatorib. datis.*

61) §. 4. I. *de Attil. tutor. L. 3. D. de tut. et curator. dat.*

62) Auf diese Art, dünkt mich, ließe sich der Widerspruch zwischen die *L.* 17. §. 1. *D. de manum. vindict.* und *L.* 2. *et* 3. *D. de officio Proconſ.* mit *Abrah.* WIELING in Lectionib. iuris civ. Lib. I. cap. 5. am leichtesten heben, ohne nöthig zu haben, mit CUJACIUS Observat. lib. I. c. 1. der *L.* 17. §. 1. *cit.* die Particul NON einzuschalten, oder mit *Pet.* BURGIUS in Elect. cap. 2. *Ger.* NOODT de iurisdict. et imperio lib. II. cap. 7. POTHIER in Pandect. Iustin. T. III. pag. 49. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 9. statt Legatum eius, *Legatum Caesaris* zu lesen, und darunter den Praeses der Provinz zu verstehen. Die Emendation des Cujaz hat schon ROBERTUS lib. I. Receptar. lect. c. 28. verworfen. Cujaz suchte sie zwar Observat. lib. XV. cap. 19. zu rechtfertigen. Allein Robert antwortete darauf lib. I. Animadv. cap. 21. den Cujaz widerlegt auch HOTOMANNUS lib. II. Responsion. amicabil. c. 1. Desselben Emendation vertheidigen indessen QUINTANADUEGNA de iurisdict. et imperio. Lib. I. Tit. 9. nr. 17. und CAMPIANUS de officio et potestate magistratuum Rom. pag. 273. In einigen Ausgaben der Pandecten findet man der

L. 17.

das merum imperium konnte zuweilen auſſer der Ordnung mandirt werden. Dieß erlaubte z. B. *Lex Iulia de vi* im Falle der Abweſenheit des Magiſtrats [63]). Ob auch in dem nämlichen Falle bey andern Verbrechen ein ſolcher Auftrag zuläßig geweſen, iſt ſtreitig. Hannefen [64]) will jene Ausnahme bloß auf das Verbrechen der vis publicae einſchränken, wovon die *Lex Iulia* redet. Allein Voet [65]), Schulting [66]) und die meiſten Rechtsgelehrten behaupten das Gegen-

L. 17. §. 1. D. de manum. vind. noch folgende Worte beygefügt: ex quo provinciam ingreſſus eſt. Z. B. in der Ausgabe des Haloanders, und der des *Petri ab* AREA BAUDOZA CESTII. Allein die Florentiniſche, Ruſſardiniſche, Gothofrediſche und mehrere andere Ausgaben haben jenen Zuſatz nicht. Daher hält ihn CAMPIANI pag. 273. für ein Gloſſem. Dem ſey indeſſen, wie ihm wolle, ſo iſt kein Widerſpruch vorhanden, wenn man erwägt, daß Marcian in der *L. 2. D. de offic. Proconſ.* nur ſo viel ſagt, daß zwar dem Proconſul, ehe er noch die ihm angewieſene Provinz erreichte, die legis actio ſchon zuſtand, aber auf keine Weiſe dem ihm beygegebenen Stellvertreter. Denn dieſem konnte ja der Proconſul überhaupt nicht eher die Jurisdiction mandiren, als wenn er in der Provinz wirklich angekommen war, wie Ulpian *L. 4. §. 6. D. de offic. Proconſ.* bezeugt. Mit mir ſtimmt auch *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris ſec. ord. Digeſtor. Lib. I. Tit. 16. §. 14. überein. Man ſehe übrigens noch *H.* ERNSTIUS ad libr. I. Digeſtor. in L. 2. §. 1. de offic. Proc. Tom. VI. *Theſaur. Meermann.* pag. 853. und *Scip.* GENTILIS de iurisdict. Lib. II. c. 10. pag. 226. ſeqq.

63) *L. 1. pr. D. de offic. eius, cui mand. e. iurisd.*

64) in Diſſ. de iurisdictione §. XXVI.

65) in Comment. ad Pand. h. t. §. 10.

66) in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 9.

Gegentheil. Daß man auſſer der Ordnung Unterſuchungen in peinlichen Fällen den Legatis zu übertragen pflegte, lehrt Ulpian[67]) ganz deutlich. Es ſcheint auch der dem Quaeſitor ehemals beygegebene Iudex quaeſtionis, deſſen nicht nur Cicero[68]), ſondern auch Marcian[69]) gedenken, ein bloßer Gehülfe und Stellvertreter der peinlichen Obrigkeit geweſen zu ſeyn, wie Noodt[70]) ſehr gründlich gezeigt hat. Hierzu kommt die ausdrückliche Verordnung des Kaiſers Conſtantin[71]): Legati non ſolum civiles, ſed etiam *criminales cauſas* audiant, ita ut ſi ſententiam in reos ferendam proviserint, ad Proconſulem eos transmittere non morentur. Indeſſen erhellet hieraus doch nur immer ſo viel, daß allenfalls die Verhörung der Miſſethäter durch die Legatos habe geſchehen können[72]). Das Urtheil ſelbſt aber und deſſen Vollziehung blieb immer dem

67) *L. 6. pr. D. de offic. Proconſul.* Solent etiam cuſtodiarum cognitionem mandare Legatis: ſcilicet ut praeauditas cuſtodias ad ſe remittant, ut innocentem ipſe liberet. Sed hoc genus mandati extraordinarium eſt.

68) in Orat. *pro Cluentio* cap. 54. auch in *Bruto* cap. 76.

69) *L. 1. §. 1. D. ad Leg. Cornel. de Sicariis.*

70) de iurisdict. et imperio Lib. II. cap. 5. Eben dieſes ſcheint die Beſtimmung des Vicarii urbis Romae geweſen zu ſeyn, welchem der Praefectus urbis mit Genehmigung des Kaiſers das merum imperium auftragen konnte; wie ebenfalls NOODT cap. VI. erwieſen hat.

71) *L. un. Cod. de officio Proconſ. et Legati* (lib. I. Tit. 35.)

72) S. CAMPIANI de officio et poteſtate Magiſtrat. Rom. pag. 291. ſq.

dem Magistrate vorbehalten[73]). Es versteht sich übrigens von selbst, daß die Jurisdiction des Stellvertreters mit der Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die ihn bevollmächtiget hatte, ein und dieselbe gewesen. Papinian[74]) sagt dieses ausdrücklich: Qui mandatam iurisdictionem susceptit, proprium nihil habet; sed eius, qui mandavit, iurisdictione utitur. Daher bediente sich der bevollmächtigte Richter auch des Tribunals seines Gewaltgebers[75]); und von den Urtheilssprüchen desselben konnte nur an den Obern des Mandantis appellirt werden[76]). Bemerkenswerth ist jedoch die Ausnahme bey den Legatis Proconsulis, von diesen wurde an den Proconsul selbst appellirt. Venulejus Saturninus *lib. 2. de officio Pro-*

con-

73) *L. 6. in fin. D. de offic. Proc.* Nec enim potest quis gladii potestatem sibi datam, vel cuius alterius coercitionis ad alium transferre. Hiermit ist auch die *L.* 11. *D. eodem* zu verbinden, welche *Herm.* OOSTERDYK in Disp. ad fragmenta, quae ex VENULEJI SATURNINI libris *de officio Proconsulis* supersunt. (*Trajecti ad Rhen.* 1755.) Cap. III. §. 1. in *Ger.* OELRICHS Thes. novo Dissert. iuridic. Belgicar. Vol. I. T. II. Nr. VII. pag. 489. vortreflich erläutert.

74) *L.* 1. §. 1. *D. de offic. eius, cui mand. e. iurisdictio.*

75) *Ger.* NOODT de iurisdict. et imperio Lib. II. cap. 9. beweißt dieses mit vielen Gründen. Diesen ist jedoch *L. ult. Cod. ubi et apud quem cognitio rest. in integr. agend.* beyzufügen.

76) *L.* 1. §. 1. *D. quis a quo appelletur.* Ab eo, cui quis mandavit iurisdictionem, non ipse provocabitur: nam generaliter is erit provocandus ab eo, cui mandata est iurisdictio, qui provocaretur ab eo, qui mandavit iurisdictionem.

consulis[77]) sagt: Appellari a Legatis Proconsul[78]) potest, et si multam dixerit, potest de iniquitate eius Proconsul cognoscere, et quod optimum putaverit, statuere. Wie man sich diese Ausnahme ohne Widerspruch erklären soll, da doch die Legati Proconsulis nach der Meinung des Paulus[79]) auch nur eine iurisdictio mandata hatten, ist schwer zu begreifen. Ich übergehe die Meinungen anderer Rechtsgelehrten, welche die Sache minder getroffen zu haben scheinen, und glaube, daß das Fragment des Venulejus nur von einem solchen Falle zu verstehen sey, da der Legatus Proconsulis nicht als bloßer Bevollmächtigter, sondern zugleich vermöge eines ihm zustehenden eigenen Rechts handelte, was er nicht dem Auftrage des Proconsuls, sondern der Verordnung eines besondern Gesetzes zu verdanken hatte. Dahin gehört, wenn der Legat einen zum Vormund bestellte, wozu ihn die Verordnung des Divus Marcus berechtigte; und dieser sich entschuldigte, der Legat aber die Entschuldigung nicht annahm, sondern ihn durch Geldstrafe zur Uebernehmung der Vormundschaft nöthigen wollte[80]), so konnte derselbe an den Pro-

77) *L.* 2. *D. eodem.*

78) So lieset die Florentine. Allein Haloander und Fradin haben a legatis Proconsulis. Daß jedoch die florentinische Leseart richtiger sey, hat *Cornel. van* BYNKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. VI. cap. 23. aus den Basiliken erwiesen.

79) *L.* 12. §. 1. *D. de iudiciis.*

80) Daß dergleichen Zwangsmittel Statt fanden, wenn Jemand sich ohne hinlängliche Ursache der Bürde einer angetragenen Vormundschaft zu entziehen suchte, lehrt *L.* 9. *D. de munerib. et honor.*

Proconsul appelliren. In allen übrigen Fällen hingegen, da der Legat des Proconsuls bloß als Stellvertreter und vi mandatae iurisdictionis Recht sprach, mußte an den Kaiser oder an den Präfectus Prätorio appellirt werden[81]). Mit mir stimmen Augustinus Campiani[82]) und Hermann Oosterdyk[83]) überein. Die iurisdictio mandata endigte sich nun nach römischen Rechten auf eben die Art, wie eine jede andere Bevollmächtigung, nämlich durch den Tod, durch Revocation, und wenn überhaupt die Jurisdiction des magistratus mandantis aufhörte. Etwas besonders finden wir auch hier in Ansehung eines Legati Proconsulis, diesem konnte die einmal aufgetragene Jurisdiction anders nicht als mit Vorwissen und Genehmigung des Kaisers genommen werden, dahingegen bey andern Mandatarien der Auftrag nach der Willkühr des magistratus mandantis wiederruflich war. Ulpian *lib. I. de officio Proconsulis*[84]) sagt: Adimere mandatam iurisdictionem licet quidem Proconsuli; non autem debet inconsulto Principe hoc facere. Der Grund hiervon war, weil die Gewalt eines legati Proconsulis nicht ganz allein vom Auftrage herrührte, sondern der Legat auch manches, was nicht zur Jurisdiction im eigentlichen Verstande, sondern zur Legis actio gehörte, vermöge eigenen Rechts thun konn-

81) *L. 32. Cod. de appellat. et consultat.*

82) de officio et potestate Magistratuum Romanor. ad L. 6. D. de officio Procons. pag. 298.

83) in cit. Dissertat. ad fragmenta, quae ex Venuleji Saturnini libris de officio Procons. supersunt. Cap. III. §. 4. in OELRICHS *Thes. alleg.* pag. 503. sqq.

84) *L. 6. §. 1. D. de offic. Procons.*

konnte, wenn gleich die Ausübung dieses Rechts von der Bevollmächtigung abhieng [85]). Hierauf beziehen sich die Worte des Pomponius [86]) *lib. X. ad Quintum Mucium:* Legati Proconsulis nihil proprium habent, nisi a Proconsule eis mandata fuerit iurisdictio, welche von den Rechtsgelehrten verschiedentlich erklärt werden [87]). Weil

85) QUINTANADUEGNA de iurisdict. et Imp. Lib. I. Tit. 9. nr. 5. seqq. MALBLANC Conspect. rei iudic. §. 79. nr. VI. pag. 153. et not. p. ad h. §. pag. 157.

86) *L.* 13. *D. de offic. Proc.*

87) Cujaz Observat. Lib. VII. c. 21. hat diese Stelle so verstehen wollen, als ob der Legat die ihm aufgetragene Jurisdiction suo iure und in eigenem Namen ausgeübt habe. Allein diese irrige Meinung haben schon LEONINUS Emendat. Lib. II. c. 19. BYNKERSHOEK Observat. Iur. Rom. Lib. VI. cap. 23. und CAMPIANI de officio et potestate Magistrat. Rom. p. 296. sqq. widerlegt. Sie selbst aber verstehen den Pomponius folgendermassen; der Legat habe sich blos darum, weil er dem Proconsul vom Senate oder dem Kaiser selbst war beygegeben worden, noch nicht die Ausübung der proconsularischen Jurisdiction anmassen dürfen, sondern habe erst den Auftrag des Proconsuls erwarten müssen. Diese Erklärung hat auch vorzüglich FOPPIUS *ab* AEZEMA in Dissertat. ex iure civili Lib. II. cap. 2. Tom. VI. *Thes. Meermann.* pag. 822. zu vertheidigen gesucht. Allein schon *Franc.* HOTTOMANUS Observat. Lib. III. cap. 4. und PERENONIUS Animadvers. lib. I. c. 26. haben richtig eingesehen, daß die Worte des Pomponius darauf gehen, was ein legatus Proconsulis, ausser der ihm aufgetragenen Jurisdiction, *suo iure* und in eigenem Namen thun konnte. Denn dieß wird eigentlich in der Lehre von der Gerichtsbarkeit *proprium* genennt. Es ist daher allerdings richtiger und dem Sinne des Pomponius angemessener, wenn wir ihn so verstehen, daß der Legatus Proconsulis dasjenige, was ihm aus eige-

nun also der Legat auch dasjenige, wozu ihn das Gesetz selbst authorisirte, und was ihm folglich suo iure zustand, dennoch anders nicht ausüben konnte, als wenn ihm zugleich die Jurisdiction vom Proconsul war mandirt worden, so mußte nothwendig diese Ausübungsbefugniß mit aufhören, sobald der Proconsul seinen Auftrag zurücknahm. Damit es nun aber nicht in der bloßen Willkühr des Proconsuls stehen möchte, dem Legaten auch die Befugniß desjenigen zu entziehen, was er doch nicht dem Auftrage des Proconsuls, sondern der Gnade des Kaisers zu verdanken hatte, so durfte der Wiederruf nicht ohne des letztern Vorwissen und Genehmigung geschehen. Der Grund, den van Bynkershök[88]) von der Würde eines Legati Proconsulis hernimmt, ist von keinem sonderlichen Gewicht. Denn die Revocation des Auftrags war an sich keine Beleidigung, indem auch vornehmere Obrigkeiten, denen die Verwaltung der Jurisdiction von einem römischen Magistrat war übertragen worden, sich dieselbe gefallen lassen mußten[89]).

Das heutige Recht weicht in dieser Lehre von dem römischen in verschiedener Hinsicht sehr ab. Denn so kann heuti-

eigenem Rechte gebührte, anders nicht habe ausüben können, als wenn ihm der Proconsul die Jurisdiction übertragen hatte. S. VINNIUS de iurisdictione Cap. VIII. §. 2. NOODT de iurisdict. et imperio Lib. II. c. 1. OOSTERDYK in Diss. ad fragmenta Venuleji Saturnini de offic. Proc. Cap. III. §. 1. pag. 491. sq. und vorzüglich *Marc.* LYCKLAMA *a* NYHOLT Membranar. Lib. IV. Eclog. 15. pag. 440. sqq.

88) Observat. I. R. lib. VI. c. 23.

89) SUETONIUS in Caesar. cap. 7. und CAPITOLIN. in Marco cap. 12.

heutiges Tages nicht nur dasjenige, was zur iurisdictio voluntaria gehört, sondern auch sogar die ganze peinliche Gerichtsbarkeit andern zur Verwaltung aufgetragen werden[90]). Nur erfordert die peinliche Gerichtsordnung Carls V.[91]), daß dem Auftragenden die peinliche Gerichtsbarkeit seiner Güter wegen, mithin erb- und eigenthümlich, zustehe, und der Gerichtsherr die Fähigkeit, sie selbst zu verwalten, nicht habe, auch daß zur Verwaltung derselben ein tüchtiges Subject mit Vorwissen des Oberrichters bestellet werde. Es wollen zwar verschiedene Rechtsgelehrten[92]) versichern, das heutiges Tages auf diese gesetzlichen Einschränkungen nicht mehr durchaus gesehen werde, sondern dem Gerichtsherrn schlechterdings und auch ohne Vorwissen seines Oberrichters erlaubt sey, zur Verwaltung der peinlichen Gerichtsbarkeit einen Gerichtshalter zu bestellen, wenn er nur bey der Wahl desselben die nöthige Vorsicht beobachte. Allein da diese vorgegebene Observanz einer klaren gesetzlichen Vorschrift zuwider, und überdem noch unerwiesen ist, so dürfte wohl jene Meinung noch grossem Zweifel unterworfen seyn. Es ist nun übrigens bey der Frage, wie weit es einer Gerichtsobrigkeit heutiges Tages erlaubt sey, die ihr zustehende Jurisdiction von andern

90) STRYK in us. mod. Pandect. Tit. de officio eius, cui mand. est iurisd. §. 5. und *Mich. Godofr.* WERNHER in lectiss. Commentat. ad Pandect. Lib. II. Tit. I. §. 12.

91) Art. 2.

92) STRYK cit. loc. BRUNNEMANN in processs. inquisit. Cap. III. nr. 51. *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER in Meditat. ad Const. Crim. Carol. Art. II. §. 1. pag. 27. Quistorp Grundsätze des T. peinlichen Rechts 2. Th. 9. Abschn. §. 564. HANNESEN in Diss. de iurisdictione §. 28. u. a. m.

in ihrem Namen ausüben zu lassen, ein Unterschied zwischen der patrimonial und administratorischen Gerichtsbarkeit zu machen. Da die erstere, als eine Zubehörung des Gutes, an welchem sie klebt, meist solchen Besitzern zusteht, die weder Zeit noch Fähigkeit haben, sie selbst zu verwalten, so kann dieselbe sowohl überhaupt als auf gewisse Fälle andern zur Verwaltung aufgetragen werden [93]). Diejenigen, welche von solchen Gerichtsherren zur Ausübung ihrer Gerichtsbarkeit überhaupt bestellet werden, heissen Gerichtshalter oder Justiziarien [94]). Sie müssen nach vorhergegangener öffentlichen Prüfung ihrer Rechtskenntnisse, auf die Justizpflege beeidiget werden [95]), und sind daher in dieser Hinsicht so gut, wie Staatsbeamte zu betrachten, da sie vermittelst des Anstellungsvertrags das öffentliche Amt eines Richters verwalten [96]). Ein Gerichtsherr, der ohne obrigkeitliche Prüfung und Bestätigung einen Gerichtshalter für sich allein bestellt, setzt sich

93) *Gothofr.* BARTH Diss. de iurisdictione, quam illustres et nobiles per officiales exercere solent. *Lipsiae* 1698. *Christ.* SPECHT de praefectis nobilium iudiciis. *Vitemb.* 1737.

94) Rettelbladts Anleitung zur practischen Rechtsgelahrtheit 1. Th. 2. Abschn. 3. Tit. S. 41. folg.

95) Daß die Verpflichtung eines Justiziars in Gegenwart der Gerichtsunterthanen geschehe, ist nicht erforderlich, wenn es nicht die Landesgesetze vorschreiben, wie z. E. das Preuß. Landrecht 2. Th. 17. Tit. §. 78.

96) ENGELBRECHT Observat. 34. *de* SELCHOW Element. iuris german. privati hodierni §. 291. Lobethans Lehre von der Gerichtsbarkeit 1. Th. 2. Abschn. §. 7. Hr. Hofr. Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts 4. Buch. 2. Hauptst. §. 706.

sich nicht nur, in soferne seine Wahl auf ein untüchtiges Subject gefallen ist, der Verantwortung aus, sondern muß auch für dasjenige, was von seinem Justitziarius geschehen, haften, und dessen Handlungen vertreten [97]). Mit der persönlichen oder Amtsgerichtsbarkeit verhält es sich anders. Denn da diese nur solchen Personen vom Staat verliehen wird, welche die Fähigkeiten und Eigenschaften eines Richters haben, so ist es solchen Richtern in der Regel nicht erlaubt, die Verwaltung ihrer Gerichtsbarkeit einem andern zu übertragen, ausser in Ansehung einzelner dazu gehöriger Geschäfte, und überdem muß hierzu, wo möglich, kein andrer, als eine Person desselben Gerichts, genommen werden [98]). Eine solche Person, welcher von dem eigentlichen Richter ein Geschäft aufgetragen wird, das zu seiner Gerichtsbarkeit gehört, wird ein Gerichtsdeputirter genennt [99]). Von diesen müssen die Justizcommissarien oder delegirten Richter, von denen oben (§. 197.) gehandelt worden ist, wohl unterschieden werden [100]). Denn diese werden von dem unmit-

97) Strubens rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 85. §. 2. a. E. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. XI. Specim. 680. medit. 32. et 33. GREEN Progr. de obligatione domini iurisdictionis ad praestanda facta actuarii. BARTH am angef. Orte §. 9. Eichmanns Erklärungen des bürgerl. Rechts 4. Th. S. 376.

98) *de* BOEHMER in Meditat. ad Art. 1. Const. Crim. Carol. §. 1. init. HANNESEN de iurisdictione §. XXIX. BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. III. Th. 1. Not. 9. Lobethan a. a. O. §. 7. S. 25.

99) Rettelbladt in der angef. Anleitung §. 71.

100) *Volkard* MEYER Diss. de iurisdictione delegata eiusque a mandata differentiis. *Marburgi* 1783.

selbar bestellt, welcher die Justizhoheit hat, und üben in der ihnen aufgetragenen Civiljustizsache eine iurisdictionem propriam aus. Ihre Gerichtsbarkeit ist also mit der Jurisdiction des committirenden Oberherrn nicht ein und eben dieselbe, sondern der letztern subordinirt, welches im Falle einer gegen das Urtheil des Commissarius etwa einzuwendenden Appellation eine Sache von Wichtigkeit ist. Dahingegen ist die Jurisdiction, welche der Gerichtshalter verwaltet, mit der Gerichtsbarkeit des Gerichtsherrn eben dieselbe, daher von jenem an diesen kein Recurs Statt findet, sondern an desselben Oberrichter appellirt werden muß [1]). Ob und in wie fern ein commissarischer Richter die Befugniß, einen andern zu substituiren habe? ist eine Frage, welche von den Rechtsgelehrten nicht auf einerley Art entschieden wird. Die verschiedenen Meinungen der ältern Rechtsgelehrten prüft Rurger Rulant [2]). Unter den neuern behauptet Leyser [3]), daß einem landesherrlichen Commissarius die Freyheit zu subdelegiren ohne Einschränkung zustehe, und glaubt, daß nicht nur das römische, sondern auch das canonische Recht seine Meinung begünstige [4]). Allein die Vorschriften des römischen Rechts lassen sich wegen der veränderten heutigen Gerichtsverfassung auf unsere Commissarien nicht anwenden. Eben so wenig auch die angeführte Verordnung des canonischen Rechts. Denn diese beziehet sich bloß auf die delegatos papales, denen ihrer

1) *de* COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Quaest. 13.

2) in Tract. de Commissariis P. I. Lib. III. cap. 5. pag. 135.

3) in Meditat. ad Pandect. Specim. XXVIII. med. 1.

4) *L. 5. Cod. de iudiciis, L. un. Cod. Qui pro sua iurisdict. cap. 27. pr. X. de offic. et potest. iudic. deleg.*

ihrer geistlichen Dignität wegen die Subdelegation gestattet ist [5]), welcher Grund bey andern Commissarien aber nicht Statt findet [6]). Es ist daher heut zu Tage vielmehr als Regel festzusetzen, daß ein commissarischer Richter die Befugniß, einen andern zu substituiren, nicht habe, ausser wenn beyde Partheyen in die Subdelegation willigen, oder der committirende Oberherr dem Commissarius diese Gewalt ertheilet hat [7]). Denn dies bringt die Natur eines solchen Auftrags mit sich, bey welchem auf den besondern Fleiß und Geschicklichkeit des Commissarius Rücksicht genommen ist [8]). Zuweilen wird jedoch die Befugniß zu subdelegiren für stillschweigend verstattet angenommen, nämlich 1) wenn der Commissarius eine solche Person ist, welche ihr Stand zur Subdelegation berechtiget. Dahin gehören erlauchte Personen, es ist z. B. einem Reichsstande vom Kaiser eine

5) *Cap. 11. pr. de Rescript. in 6to.* Conf. *Franc.* FLORENS in Operib. iurid. Tom. II. pag. 198. sqq.

6) Man vergleiche *Io. Ge.* ENGELHARDT Diss. de commissionibus. (*Bambergae* 1774.) §. 46. *Mich. God.* WERNHERI lectiss. Commentat. ad Pandect. h. t. §. 16. pag. 75. und *Io. Ern. Iust.* MÜLLER in Observat. pract. ad *Leyseri* Meditat. ad Digesta Tom. I. Fasc. II. Obs. 122.

7) Hiermit stimmen überein *Iust. Henn.* BOEHMER in iur. eccles. Protestant. Tom. I. Lib. I. Tit. XXIX. §. 14. u. 15. *Ge. Lud.* BOEHMER in Princip. iuris canon. Lib. II. Sect. III. Tit. VII. §. 247. Claproth in der Einleitung in den ordentl. bürgerl. Proceß 1. Th. §. 61. HANNESEN in Diss. de iurisdictione §. 33. EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Quaest. XIII. not. t. u. a. m.

8) *Cap. 42. de offic. et potest. iudic. deleg. in 6to. cap. 43. pr. et §. 1. X. eod.*

Justizsache committiret worden; ferner päbstliche Delegaten. 2) Wenn einem ganzen aus mehreren Personen bestehenden Gerichte, oder einer andern moralischen Person ein solches Geschäft aufgetragen ist, welches nicht wohl anders als von einer einzelnen Person, oder von subdelegirten einzelnen Mitgliedern ausgerichtet werden kann, z. E. eine Besichtigung, ein Zeugenverhör u. dgl. und 3) wenn die Commission einem solchen ertheilt worden ist, der eine erb, und eigenthümliche Gerichtsbarkeit hat, und sie nicht selbst verwaltet. Man behauptet auch 4) daß wenn der Commissarius nicht zur ganzen Sache, sondern nur zu einem dabey vorkommenden einzelnen Geschäft bestellet worden ist, und dieses eben keine besondere Geschicklichkeit und Rechtskenntniß erfordert, die Subdelegation dem Commissarius erlaubt sey, wenn er selbst an der Ausrichtung desselben verhindert wird [9]).

Zuletzt ist noch kürzlich zu zeigen übrig, wie sich die IURISDICTIO DELEGATA und MANDATA nach heutigen Rechten endige? Erstere hört auf 1) durch Endigung des aufgetragenen Geschäfts. 2) Durch Wiederruf des ertheilten Auftrags, welcher zwar dem committirenden Oberherrn schlechthin, dem subdelegirenden Commissar aber nicht anders zusteht, als wenn er sich die Revocation vorbehalten hat, oder diese erfolgt, wenn noch res integra ist, d. i. ehe noch der subdelegirte Commissär das ihm aufgetragene Geschäft auszurichten angefangen hat [10]). Der Wiederruf kann

9) S. BOEHMER in Iur. eccl. Prot. a. a. O. §. 15. und MÜLLER in cit. Observat. pract. ad *Leyserum* cit. loc. pag. 26.

10) *Cap. 6. et 7. de offic. et potest. iud. del. in 6to.*

kann zuweilen auch stillschweigend geschehen, wenn der Obere dieselbe Commission einem andern aufträgt [11]). 3) Wenn der Commissarius aus erheblichen Ursachen die Commission niederlegt; oder derselbe 4) als verdächtig recusirt worden ist [12]), oder 5) mit Tode abgegangen ist, es sey denn, daß eigentlich einem Amte der Auftrag geschehen, in welchem Falle der Nachfolger in demselben die Commission behält [13]). Die Commission endiget sich 6) durch den Tod des Committenten, in soferne derselbe erfolgt, ehe noch der Commissarius sich der Sache unterzogen hat [14]). Was hiernächst die IURISDICTIO MANDATA anbetrift, so hat zwar die Regel, daß dieselbe auf eben die Art, wie eine jede andere Bevollmächtigung, aufhöre [15]), überhaupt auch heutiges Tages ihre Richtigkeit, jedoch ist sie in Ansehung der Justiziarien nicht ohne Ausnahme. Denn so hebt 1) der Tod des Gerichtsherrn die Vollmacht seines Gerichtshalters nach der Meinung der heutigen Rechtsgelehrten nicht schlechterdings auf, sondern dieser setzt die Gerichtsverwaltung gültig fort, bis die Erben seines verstorbenen Principals eine Aenderung vorzunehmen berechtiget sind [16]). Schon das römische Recht macht bey erfolgtem Tode desjenigen, der die Jurisdiction mandirt hat, die Ausnahme, nisi

11) *Cap. 28. §. 2. X. eod.*

12) Hofmanns teutsche Reichspraxis 2. Th. §. 1212.

13) *Cap. 14. X. de offic. et potest. iud. deleg.*

14) *Cap. 19. 20. 30. X. eod. Cap. 6. eodem in 6to.*

15) *L. 6. D. h. t. L. 6. §. 1. D. de offic. Proconf.*

16) HOMMEL in Rhapsod. quaestionum forens. Vol. I. Obs. 61. nr. 1. ZOLLER Observat. singular. ad Pandect. Lib. I. Tit. VIII. et Lib. II. Tit. I. Obs. 2.

nisi res ab eo, cui mandata est iurisdictio, geri coeperit, solvi mandatum LABEO ait [17]); wovon der wahre Grund unstreitig in der eigenen Natur der römischen Litiscontestation zu suchen ist [18]). Denn diese hatte die besondere Wirkung, daß der angefangene Rechtsstreit bey dem Richter, auf welchen die Partheyen durch die Litiscontestation einmal compromittiret hatten, nach der Regel des Marcellus [19]): ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet, geendigt werden muste, und daher die Person dieses Richters nicht mehr geändert werden konnte [20]). Allein da das römische Recht doch immer nur eine persönliche Gerichtsbarkeit voraussetzt, mithin die durch die Litiscontestation bewirkte Perpetuirung derselben in der Person des Mandatarius sich lediglich auf die Rechtssache einschränkt, in welcher es bey Lebzeiten des Mandanten unter den Partheyen schon zur Litiscontestation gekommen war [21]); so giebt uns nun die Natur der Patrimonial Gerichts-

17) *L. 6. D. de iurisdict.*

18) *L. 16. D. de Procurator.*

19) *L. 30. D. de iudiciis.*

20) *L. 12. Cod. de iudic. Nov. LIII. cap. 3.* S. *Car. God.* WINCKLER Diss. de discrimine inter litis contestationem iure vet. ac hod. (*Lipsiae* 1751.) Sect. II. §. 6.

21) Daher geben verschiedene Rechtsgelehrten die Regel: *In causis pendentibus recte procedit mandatarius, nec novo mandato, ab heredibus mandantis exspectato, indiget*; und behaupten, daß heutzutage die iurisdictio mandata schon durch die blose Citation perpetuirt werde, jedoch nur in ea litis specie, in welcher der Mandatarius die Ladung erlassen hat. S. HANNESEN in Diss. de iurisdictione §. 31. STRUV in Evolution. controversiar. Lib. I. Tit. XI. Thes. XLIII. Qu. 3.

richtsbarkeit ein bündigeres Argument zur Unterstützung jener Meinung. Denn da diese, als eine Realjurisdiction, mit dem Tode des letztern Gutsbesitzers nicht aufhört, sondern mit dem Eigenthume des Gutes, dem sie beygelegt ist, auf jeden folgenden Besitzer übergeht, so endiget sich auch die davon abhangende iurisdictio mandata mit dem Tode des Gerichtsherrn nicht von selbst, sondern der einmal bestellte Gerichtshalter continuirt sie ohne Bedenken. Denn die Regel: accessorium sequitur naturam principalis findet auch hier ihre Anwendung. Daher erkannte die Leipziger Juristenfacultät beym Hommel[22]) ganz richtig, daß ein dem Gerichtshalter nach dem Tode seines Gerichtsherrn übergebenes Testament für rechtsbeständig zu halten sey.

2) Kann auch ein Erbgerichtsherr den angestellten Justiziarius nicht nach seiner Laune, und ohne eine hinlängliche Ursache seines Amtes entsetzen. Leyser[23]) behauptet zwar, daß derjenige, der die Verwaltung seiner Gerichtsbarkeit einem andern aufgetragen, diesen Auftrag zu aller Zeit, auch ohne alle rechtmässige Ursache, zurücknehmen könne. Allein es lassen sich hier die Grundsätze des Röm. Rechts vom Widerruf des Auftrags nicht wohl anwenden, wie schon oben gezeigt worden ist. Justiziarien sind vielmehr eben so, wie Staatsbeamte zu betrachten, da sie vermittelst des Anstellungsvertrags das öffentliche Amt eines Richters, folglich ein fortdauerndes mit dem öffentlichen Wohl unmittelbar zusammenhängendes Geschäft verwalten. Es treten daher bey ihnen die nämlichen Gründe ein, die von der Dienstentlassung landesherrlicher Beamten gelten. So wenig nun

22) am angef. Orte Vol. I. pag. 79.

23) in Meditat. ad Pandect. Specim. XXVII. Coroll. 3.

nun ein Staatsbeamter vom Landesherrn ohne rechtmäßige Ursache dimittirt werden kann, eben so wenig steht es in der Willkühr des Erbgerichtsherrn, ihren angestellten Justiziar ohne rechtmäßige Ursache zu dimittiren[24]). Auch selbst die Clausel der vorbehaltenen Aufkündigung, oder so lang es uns gnädigst gefällig ist, berechtiget zu keinem willkührlichen Wiederruf, sondern nur soweit das arbitrium boni viri den Wiederruf gestattet[25]), obwohl freylich mehrere Rechtsgelehrte[26]) hierin anderer Meinung sind.

§. 209.

24) S. Kleins Annalen der Gesetzgeb. und Rechtsgelehrs. in den Preuß. Staaten. 1. Band. Nr. LXVI. S. 299. folgg. *Sebast.* MALACORD Diss. de publicis officiis absque iusta causa eiusque legali cognitione non auferendis. *Goettingae* 1788. Versuch über die Frage: ob ein Herr seinen verpflichteten Beamten ohne Ursache seiner Dienste entsetzen oder entlassen könne? Regensburg 1791. 8. Bischofs Handbuch der teutschen Canzley-Praxis 2. Th. §. 99—104. *Frid. Wilh.* ENGLER Diss. de muneribus publicis iustitiae sacerdotibus absque iusta causa non auferendis. *Lipsiae* 1794. §. 8. KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 36. et Tom. III. cap. 61. und *Chr. Dan.* ERHARD Diss. de administratore iurisdictionis patrimonialis munere suo, indicta causa, haud privando. *Lipsiae* 1801.

25) ENGLER cit. Diss. §. 5. besonders Graf von Schulenburg über die Schädlichkeit der Aufkündigungsclauseln in den Bestallungen der Justizbeamten auf den adelichen Gütern, in Häberlins Staatsarchiv 4. Band. 14. Heft. Nr. 3.

26) *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de iure principis circa dimissionem ministrorum cap. 2. und HANNESEN cit. Diss. §. 31.

§. 209.

Ueber das Edictum de albo corrupto und deſſelben heutigen Gebrauch.

Eine römiſche Magiſtratsperſon pflegte die bey Verwaltung ihrer Jurisdiction zu befolgenden Rechtsſätze durch Anſchlag oder Ausſtellung bekannt zu machen. Dieſe Bekanntmachung geſchahe ehemals auf hölzernen Tafeln (in albo [27]); in den neuern Zeiten aber auch auf einer andern Materie. Wer einen ſolchen öffentlichen Anſchlag der Obrigkeit beſchädigte oder wegnahm, wurde mit einer Geldſumme von 500 aureis beſtraft, die jeder Römer einfordern konnte, der den Thäter bey der Obrigkeit anzeigte [28]). Heineccius berechnet die Strafe nach unſerm Gelde auf 2625

27) Woher der Name ALBUM entſtanden ſey, unterſucht *Io. Dan.* RITTER in praefat. Tomi IV. Codicis Theodoſ. Sonderbar iſt die Muthmaſſung des HEINECCIUS in Opusc. poſtum. de hiſtoria Edictorum Lib. I. Cap. II. §. 6. daß der Prätor ſeine Edicte an die Wände ſeines Tribunals mit ſchwarzen Buchſtaben geſchrieben habe. Allein ſchon *Io.* CORASIUS in Miſcellan. iuris civ. Lib. IV. cap. 6. hat gegen dieſe Meinung, die auch Accurſius behauptete, gründlich erinnert, daß nach *L. 7. §. 5. D. de iurisdict.* auch derjenige mit gleicher Strafe zu belegen ſey, *qui tollit, quamvis non corruperit.* Dies läßt ſich nun zwar wohl von einer hölzernen Tafel, aber nicht von einer Mauer oder Wand annehmen.

28) *L. 7. D. de iurisdict.* Si quis id, quod iurisdictionis perpetuae cauſa, non quod, prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propoſitum erit, dolo malo corruperit: datur in eum quingentorum aureorum iudicium, quod populare eſt. Einen ſchönen Commentar über dieſes römiſche Edict findet man in HEINECCII Opuscul. poſtum. Tom. II. pag. 322.

2625 Reichsthaler, eine Strafe, die ziemlich unverhältnißmässig zu seyn scheint, wenn man nicht dabey die Majestät einer römischen Magistratsperson, und überhaupt den grossen Reichthum der Römer in Anschlag bringt. Es ist daher nicht nöthig, mit Duaren [29]) quinquaginta aureorum zu lesen, da, wie Cujaz [30]) schon bemerkt hat, mit der gemeinen Lesart: *quingentorum aureorum* die Florentinische und die Basilica übereinstimmen. Gegen mehrere Theilnehmer dieser Frevelthat hatte die actio de albo corrupto *in solidum* Statt [31]). Ein jeder mußte die ganze Strafe bezahlen, denn jeder hatte die Majestät des Prätors beleidiget, mithin konnte die Bezahlung des einen die übrigen nicht befreyen [32]). Verschiedene Rechtsgelehrten nehmen noch heutiges Tages eine *actionem de albo corrupto utilem* an, welche auf eine willkührliche Bestrafung gehen soll [33]); allein vergeblich. Denn wer heut zu Tage an obrigkeitlichen Anschlägen sich vergeht, wird willkührlich mit Gelde oder Gefängniß bestraft. Es wird auch deshalb keine besondere Klage wider den Thäter angestellt, sondern wer diesen weiß,

zeigt

29) Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 48.

30) Observat. iur. Rom. Lib. X. cap. 10.

31) *L. 7. §. fin. D. h. t.* COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 27. behauptet, diese Geldstrafe sey zwischen dem Kläger und dem Fiscus getheilt worden; allein diese irrige Meinung hat schon *Reinh.* BACHOVIUS ab ECHT in Notis et Animadvers. ad Treutlerum Disput. IV. Thes. IX. lit. B. widerlegt.

32) *L. 8. u. 9. D. h. t.* COCCEJI cit. loc. Quaest. 26. *Barthol.* CHESIUS Differentiar. iuris lib. I. cap. 79. et 80.

33) SCHILTER in praxi Iur. Rom. Exerc. VI. Th. 24. STRYK in Us. Mod. Pandectar. h. t. §. fin. COCCEJI in Iur. Civ. Controv. h. t. Quaest. 28.

zeigt ihn der Obrigkeit an, und überläßt das Uebrige ihrer weitern Verfügung [34]). Ja sie kann und muß die Sache von Amts wegen untersuchen, wenn gleich deshalb keine Anzeige geschieht. Die dem Thäter aufgelegte Geldstrafe wird heutiges Tages nie dem Denuncianten zu Theil [35]), sondern gehört der Obrigkeit, als ein Vortheil ihrer Jurisdiction [36]).

34) Hierin stimmen überein *Christ.* THOMASIUS in Diss. de usu actionum poenalium Iuris Rom. in foris German. Cap. III. §. 3 — 5. *I. H.* BOEHMER in doctrina de actionibus Sect. II. Cap. XI. §. 32. sq. *Io. Mich.* WERNHER Commentat. lectiss. ad Pandect. h. t. §. 35. pag. 90. und EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* Ius civ. controv. cit. Quaest. not. t. Tom. I. pag. 187.

35) BERGER in Oeconom. iuris Lib. IV. Tit. 4. Th. 4. not. ult.

36) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4050. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1115.

Lib. II. Tit. II.

Quod quisque iuris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem iure utatur.

§. 210.

Erläuterung dieſes Edicts. Urſprung und Veranlaſſung deſſelben.

Eine römiſche Magiſtratsperſon hatte, wie bekannt, auch ſogar die Gewalt durch ihre Edicte neue Rechtsſätze einzuführen, nämlich ſolche, die eine vernunftmäßige Anwendung der Geſetze nothwendig machte. Marcian [37]) nennt in dieſer Rückſicht das ius honorarium mit Recht die lebendige Stimme des bürgerlichen Rechts oder den Geiſt der Geſetze. Wenn jedoch eine obrigkeitliche Perſon aus Partheylichkeit von ihrem ordentlichen Edicte abwich, und einen neuen unbilligen Rechtsſatz (novum ius [38]) aufſtell-

37) *L. 8. D. de Iuſt. et Iure.*

38) *L. 3. pr. D. h. t.* In eben dem Verſtande nennt TACITUS *Annal. lib. II. c. 30.* den K. Tiberius einen novi iuris repertorem. Warum man ein unbilliges Recht IUS NOVUM genennt habe, erklärt DUARENUS Diſputat. anniverſar. lib. I. cap. 49. folgendermaſſen: *Novum autem ius ideo iniquum habetur, quia id ius, quod vetuſtas comprobavit, certum eſt fere non minus, quam lex aliqua. In quo iure maximam partem eorum verſari, quae praetores edicere conſueverunt, auctor eſt* CICERO *lib. 2. de inventione.* Allein NOVUM hieß dieſes unbillige Recht wohl nur darum, weil es von derjenigen Regel abwich, die ein Magiſtratus beym Antritt ſeines Amtes durch öffentlichen Anſchlag bekannt machte.

stellte, so mußte sie solchen zur Strafe auch gegen sich als anwendbar erkennen. Dies ist der eine Theil der Verordnung: Quod quisque iuris in alterum statuerit. Aus einer Stelle des Cicero [39]) läßt sich nicht undeutlich schließen, daß dieses Edict schon zur Zeit der freyen Republik [40]) gegolten, und vielleicht mit dem bekannten Cornelischen Gesetz vom Jahr 686. *ut Praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*, einerley Veranlassung gehabt habe [41]). Dem sey indessen, wie ihm wolle, so beweißt doch wenigstens die Aufnahme dieses und des vorigen Edicts in das Edictum perpetuum, aus welchem beyde in unsere Pandecten übergegangen sind, daß die Prätoren und übrige

39) *in Epist. ad Quintum Fratr.* Lib. I. ep. 1.

40) S. *Car. Gottl.* KNORRE in Progr. de edicti praetorii, quod quisque iuris in alterum statuerit etc. origine atque usu apud veteres. *Halae* 1736. *Dan. Frid.* HOHEISEL Diss. de edicti praetorii, quod quisque iuris in alterum etc. iniquitate et non usu. *Halae* 1724. §. 19. *Quirin. Gottfr.* SCHACHER Epistol. ad *Iac. Henr.* BORNIUM de aequitate edicti, quod quisque iuris etc. *Lipsiae* 1739. 4. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 1. und HEINECCIUS in Opuscul. postum. de histor. edictor. T. II. pag. 328. Anderer Meinung ist jedoch *Io. Aug.* BACH in Histor. iurispr. Rom. Lib. II. cap. 2. Sect. 3. §. 7.

41) Die sehr partheyische Justizverwaltung einiger Prätoren, z. B. eines Verres, dessen Ungerechtigkeiten Cicero's Reden gegen ihn beurkunden, haben unstreitig zu jenen Verfügungen den Hauptbeweggrund gegeben. In Cicero's Klagen stimmt auch DIO CASSIUS lib. XXXVI. *histor. Rom.* ein. Man vergleiche *Ez.* SPANHEMII Orbis Rom. Exercit. II. cap. 8. und *Io. Gottl.* HEINECCII Opusc. postum. de histor. Edictor. Lib. II. Cap. I. §. 5. u. folgg.

Magistratspersonen das Recht, neue Edicte zu machen, durch das edictum perpetuum keinesweges verlohren hatten[42]). Das Edict bestrafte jedoch nicht bloß die vorsetzliche Partheylichkeit der obrigkeitlichen Person, (dolum ius dicentis) welche den unbilligen Rechtsspruch gegeben, sondern auch die Parthey selbst, die denselben ausgewirkt hatte. Denn auch diese mußte ihn gegen sich selbst, als Recht, gelten lassen. Jedoch hatte diese Strafe anders nicht Statt, als wenn der Gegentheil des magistratus, falls dieser etwa künftig, nach niedergelegtem Amte, von irgend jemand in einer ähnlichen Sache belangt wurde, oder der Gegentheil der Parthey, die das unbillige Recht von jener Obrigkeit erhalten, er sey, wer er wolle, auf der Anwendung derselben bestand[43]). Außerdem blieb das Edict ohne Wirkung[44]). Daß die Strafe, wie Ulpian lehrt[45]), auf

42) Ganz überzeugend hat dieses *Herm.* NOORDKERK in Observation. decade (*Amstelod.* 1731. 8.) Cap. VIII. pag. 160. sqq. dargethan.

43) Die Worte des Edicts, so wie sie ULPIANUS *lib. 3. ad Edictum*, woraus *L. 1. h. t.* entlehnt ist, aufbehalten hat, lauten folgendermassen: Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi iuris statuerit: ipse, quandoque adversario postulante, eodem iure uti debet. Si quis apud eum, qui magistratum potestatemque habebit, aliquid novi iuris obtinuerit: quandoque postea adversario eius postulante, eodem iure adversus eum decernetur. Einen Commentar hierüber liefern *Ger.* NOODT ad Dig. h. t. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digest. h. t. und HEINECCIUS in Opusc. postum. pag. 326.

44) NOODT a. a. O. Oper. Tom. II. pag. 51.

45) *L. 3. §. 5. D. h. t.* Ueber diese Stelle sind *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. partis prim. Dig. h. t. §. 6. zu vergleichen.

auf die Erben gehet, und auch dieſen die Klage abgeſprochen werden kann, welche ihr Erblaſſer nach dem Rechte der Wiedervergeltung verlohren hat, iſt nichts beſonderes, da hier von keiner Pönalklage die Rede iſt, und der Erbe überhaupt die Handlungen ſeines Erblaſſers, mit welchem er für eine Perſon gehalten wird, zu vertreten hat. Allein merkwürdiger iſt es, wenn eben dieſer Rechtsgelehrte ſagt, daß auch ſogar der Bürge auf Verlangen des Gläubigers, von welchem er belangt worden iſt, ſeiner beſtens gegründeten Einrede verluſtig erkannt werden könne, wenn der Hauptſchuldner die Strafe des Edicts verwirkt hat, weil er gegen ſeinen Schuldner das unbillige Recht erhielt, daß deſſelben rechtmäßige Exception verworfen worden, wenn gleich der Bürge bey dem gänzlichen Unvermögen des Schuldners keine Entſchädigung von dieſem zu erwarten hätte[46]). Man ſetze alſo, A. habe ſeinem Schuldner B. die Schuld erlaſſen, belange ihn aber dennoch darauf. Der Beklagte ſetzt zwar exceptionem pacti entgegen. A. aber erlangt das ius iniquum, daß jene Einrede verworfen wird. Nun wird A. wieder aus einer Schuld belangt. Er ſetzt der Klage exceptionem pacti de non petendo entgegen. Vermöge des Edicts: *quod quisque iuris* muß dieſe Einrede auf Verlangen des Klägers verworfen werden. Auch wenn ſich C. für den A. verbürgt hätte, und belangt würde, ſo kann er ſich mit jener Einrede nicht ſchützen, ob er gleich an der Erſchleichung des unbilligen Rechts keinen Theil genommen hat, und obgleich der Hauptſchuldner inſolvent iſt.

46) *L. 3. §. 3. D. eod.* Conf. *Henr.* HAHN in Obſervat. theor. pract. ad WESENBECII Comm. in Digeſta h. t. Nr. II. ad verb. *pro quo ſpopondiſti.*

Gesetzt aber, der Bürge hätte einmal jenes ius iniquum zu erhalten gewußt, und der Hauptschuldner würde jetzt belangt, so kann zwar dieser sich der exceptionis pacti bedienen, und das Edict steht ihm nicht entgegen; wird hingegen der Bürge, als Bürge belangt, so kann er sich auf das pactum nicht berufen, und hat auch, wenn er bezahlt, keinen Regreß gegen den Hauptschuldner.

§. 211.

Heutiger Gebrauch dieses Edicts.

Ob dieses Edict noch heutiges Tages anwendbar sey, ist eine Frage, die von einigen Rechtsgelehrten bejahet[47]), von den meisten aber verneinet wird[48]). Der erstern Meinung tritt auch Hellfeld bey. Allein wenn gleich überhaupt nicht geläugnet werden kann, daß der Grund der Billigkeit, dasjenige, was man gegen einen andern für Recht erkannt hat, auch gegen sich selbst als Recht gelten zu lassen, noch heutiges Tages Statt findet; so ist doch eines Theils keine vollkommene Rechtsanalogie zwischen einem römischen magistratus, qui novum ius statuit, und einem heutigen Richter, der aus Gunst oder Feindschaft vorsätzlich ungerecht verfährt, vorhanden, andern Theils aber ist es auch nicht nöthig, zu einem Rechtsmittel der Billigkeit seine Zuflucht zu

47) Z. B. LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXX. med. 3. COCCEJI in Iur. civ. controv. h. t. Quaest. 2. STRYK in Us. mod. Pandect. h. t. §. 1. 2. u. a. m.

48) *Ge.* BEYER in posit. ad Pand. h. t. *Gottl. Ger.* TITIUS ad Lauterbachium obs. 41. *Christ.* THOMASIUS in Not. ad Pandect. h. t. *Mich. God.* WERNHER in Comment. ad Pandect. h. t. §. 1. u. a. m.

zu nehmen, wo die bürgerlichen Geſetze ſchon andere wirkſamere Rechtsmittel geben. Dahin gehören die actio in factum adverſus iudicem, qui litem ſuam facit, oder actio male iudicati, oder actio ex ſyndicatu, von denen ich lib. L. Tit. XIII. handeln werde. Die durch das ungerechte Urtheil des Richters beſchwerte Parthey kann ja auch appelliren; oder ihre Beſchwerden über das partheyiſche Verfahren des Richters bey dem Obern anbringen [49]). Noch weniger Beyfall kann demnach diejenige Meinung verdienen, nach welcher eine actio utilis aus dieſem Edict auch ſogar gegen einen Rechtsgelehrten Statt finden ſoll, der vorſätzlich einen böſen Rath ertheilt hat [50]). Die *L. 2. D. h. t.* [51]) worauf man ſich beruft, giebt keinen hinreichenden Grund für dieſe Meinung. Denn nach derſelben ſoll die Obrigkeit außer aller Verantwortung ſeyn, wenn bloß die Unwiſſenheit des Beyſitzers daran Schuld iſt, daß ſie nicht nach dem gehörigen Rechte geſprochen hat. Dieſes ſoll, wie Paulus ſagt, nicht ihr, ſondern bloß dem Beyſitzer ſchaden [52]). Allein von einem Gerichtsbeyſitzer läßt

49) Eben ſo urtheilt Hr. Prof. EMMINGHAUS in Notis ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 2. not. w. Tom. I. pag. 190.

50) S. BACHOVIUS in Not. et Animadverſ. ad *Treutlerum* Diſp. IV. Th. IX. lit. F. ad verb. *in propria cauſa eo conſilio ſtare.* BRUNNEMANN in Commentar. ad L. 2. h. t. nr. 3. und COCCEJI cit. loc. not. wo er ſagt: *Utilis quoque actio ex hoc edicto datur contra ICtos, qui, cauſa rite propoſita, doloſe conſuluerunt.*

51) PAULUS. — Hoc Edicto dolus debet ius dicentis puniri. Nam ſi Adſeſſoris imprudentia ius aliter dictum ſit, quam oportuit: *non debet hoc Magiſtratui officere, ſed ipſi Adſeſſori.*

52) *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. h. L. zweifelt überhaupt noch daran, ob die Worte *ſed ipſi Adſeſſori* ächt ſind; weil das Edict,

läßt sich nicht schlechthin der Schluß auf jeden andern Rechtsconsulenten machen. Gegen diesen hat die actio doli Statt, wenn er mir betrügerischer Weise einen üblen Rath ertheilt hat. Ulpian sagt dieses deutlich *lib.* 30. *ad Edictum* [53]): Consilii non fraudulenti nulla obligatio est: caeterum si dolus et calliditas interceſſit, *de dolo actio* competit [54]).

§. 212.

Unterschied des heutigen Retorsionsrechts von jenem römischen Edicte: *quod quisque iuris* etc. Begriff und wahrer Grund der Retorsion; Unterschied zwischen dieser und den Repressalien.

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche den heutigen Gebrauch des prätorischen Edicts: quod quisque iuris etc. zu vertheidigen suchen, meinen den Grund des heutigen Tages

Edict, so wie es Ulpian *L. 1. h. t.* darstellt, nur den magistratum ius iniquum statuentem, und die Parthey, welche darum angesucht hat, straft. Allein an der Aechtheit selbst ist wohl nicht zu zweifeln, wenn man dasjenige lieset, was BACHOVIUS ad Prota Pandectar. h. t. und HERALDUS de rerum iudicatar. auctoritate Lib. I. cap. 8. nr. 11. gegen Anton Faber erinnert haben.

53) *L. 47. pr. D. de div. reg. iuris.*

54) Mit mir stimmt überein *Ge. Ad.* STRUV in Tract. de vindicta privata Cap. XI. Aphor. VII. nr. 6. Siehe auch Joh. Ulr. Cramers Abhandl. vom bösen Rathe. 2te Abhandl. §. 1. u. 2. Hat ein Rechtsconsulent durch seine Unwissenheit geschadet, so kann er actione in factum belangt werden. Conf. BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XVIII. Th. VIII. lit. D. LAUTERBACH Comm. de consiliis eorumque iure. P. II. cap. I. Th. 6.

ges üblichen Retorſionsrechtes in demſelben gefunden zu haben. Kein Wunder, wenn daher unter dieſem Pandecten Titel eine Lehre erſcheint, die vielleicht im Natur- und Völkerrechte einen beſſern Platz behaupten würde. Allein wie weit man hierin den wahren Geſichtspunct verfehlt hat, aus welchem die heutige Retorſion der Rechte zu betrachten iſt, und auf was für inconſequente Folgerungen man hierdurch gerathen, wird einem jeden in die Augen leuchten, der über den Begriff und wahren Grund der heutigen Rechtserwiederung nur ein wenig nachdenkt, und ſolche mit jenem prätoriſchen Edicte vergleicht. So verſchieden nun auch die Begriffe ſind, die ſich die heutigen Rechtsgelehrten vom Retorſionsrechte machen, indem ſie bald dieſe bald jene Beſtimmung für weſentlich halten, welche zur Subſtanz dieſes Rechts nicht gehört, ſo kommen ſie doch darin mit einander überein, daß die Retorſion der Rechte dasjenige rechtliche Mittel ſey, vermöge deſſen das verſchiedene und beſchwerliche Recht eines gewiſſen Staats oder Orts wider deſſelben Bürger und Einwohner in einem andern Staat oder Orte unter Auctorität der höchſten Staatsgewalt zur Anwendung gebracht wird [55]). Der wahre Grund derſelben

55) Auſſer den von unſerm Verfaſſer in der Not. t. bereits angeführten Schriften, verdienen noch folgende bemerkt zu werden: *Io. Chriſtph.* WEINLAND de retorſione iurium, in Deſſelben *Otio academico hyemale*; *Franciſc.* ALEF Diſſert. de legum retorſione, in Deſſelben *Diebus academicis ſive Opusculis.* (Heidelbergae 1753. 4.) Diſſ. VI. *Vincent.* OLDENBURG Diſſ. de retorſione iurium, praecipue in cauſis cambialibus. *Goettingae* 1780. 4. und *Chriſtph. Iac.* SCHMIDMER Specim. inaug. ſiſtens

ist natürliche Billigkeit; ihr Zweck Erhaltung wechselseitiger Gleichheit unter gleichen Bürgern verschiedener Länder, wenn außerdem Schade für die Bürger unseres Staats daraus entstehen würde. Die bloße Verschiedenheit der Rechte kann daher dieselbe rechtfertigen, und es ist gar nicht nöthig, daß die Gesetze des andern Staats einen Unterschied zwischen Einheimischen und Auswärtigen machen, wofern nicht etwa die besondern Gesetze des retorquirenden Staats als Bedingung voraussetzen, daß in dem Staat, gegen dessen Bürger das Retorsionsrecht ausgeübt werden soll, von den sonst daselbst geltenden Rechten, zum Nachtheil der Fremden, eine unbillige Ausnahme gemacht worden sey[56]). Ich kann daher denjenigen Rechtsgelehrten nicht beypflichten, welche zur Ausübung des Erwiederungsrechts eine unbillige und ungleiche Behandlung der Auswärtigen im Verhältniß zu den Einheimischen für schlechterdings nothwendig halten[57]); genug, wenn die Verschiedenheit der Rechte des andern Staats unsern Bürgern wirklich nachtheilig und beschwerlich ist, oder werden kann[58]). Eben dieses

sistens observationes miscellas de retorsione iuris. *Altorfi* 1787. 4.

56) Beyspiele geben *Codex Maximil. Bavariae civilis* P. I. Cap. II. §. 18. und das allgemeine Gesetzbuch für die Preuß. Staaten. 1. Th. Einleit. §. 32.

57) Estor in der teutschen Rechtsgelehrs. 3. Th. §. 117. HELLFELD in Repertorio iur. germanici v. *Retorsio*; *de* SELCHOW in Elem. iuris germ. privati hod. §. 220. *Car. Christph.* HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 145. et 146. Runde Grundsz. des allgem. T. Privatrechts §. 319.

58) Hierin stimmen überein ALEF cit. Diss. Cap. V. OLDENBURG in cit. Diss. §. 5. SCHMIDMER all. Diss. §. 5. und besonders

dieses bestätiget auch die Praxis. So z. B. müssen in den hiesigen sowohl Bayreuthischen als Anspachischen Landen bey jeder Verlassenschaftstheilung, wo keine Kinder vorhanden, und die Erbschaft an einheimische oder auswärtige Seitenverwandte gelangt, vom Hundert $2\frac{1}{2}$ Fl. als Beytragsgelder zur Unterhaltung öffentlicher Stiftungen z. E. zu dem Zuchthause in Schwabach, abgegeben werden[59]). Eben dieses Rechts bedient sich Nürnberg wider Brandenburg-Onolzbachische und Bayreuthische Unterthanen bey den ihnen zufallenden Collateral-Erbschaften[60]). Ferner zu Eßlingen werden beym Concursproceß nur einjährige Zinsen mit dem Capital in eine Classe locirt, die übrigen folgen erst, nachdem alle übrige Capitalien abgetragen worden sind[61]). Im Würtenbergischen[62]) wird dieses wider Eßlingische Bürger retorquirt, so wie eine andere Eßlingische Verordnung, vermöge welcher die mit hypothecis privatis oder quasi publicis versehenen Gläubiger unter die

ders *Car. Frid.* ELSAESSER in Diss. de iurium statutariorum variantium retorsione, etiam tunc fundata, si actus secundum illa exercitus non praecesserit. *Erlangae* 1775. §. 18.

59) Man vergleiche hier die Abhandlung unter dem Titel: Etwas über den Collateralerben-Beytrag oder Collateral-Anfall in dem Fürstenthum Brandenburg oberhalb Gebirgs, mit einer Vorrede von D. Joh. Ludw. Klüber. Erlangen 1790. 8.

60) Vermöge einer Verordnung des N. Stadtmagistrats vom 17. May 1770. in der vollst. Samml. S. 713.

61) *Statut. Esslingens.* de A. 1725. Tit. XII. §. 2. Hinter der Elsässerischen Dissertat. S. 58.

62) *Rescript. Circular.* de 24. Dec. 1773.

die Chyrographarien locirt werden[63]). Die Rechtmäßigkeit der Retorsion in allen diesen Fällen kann um so weniger bezweifelt werden, da der Schade, welcher den Bürgern des retorquirenden Staats aus der Verschiedenheit der Gesetze des andern Staats entstehet, eine Ungleichheit wirkt, die anders nicht, als durch das Mittel der Wiedervergeltung gehoben werden kann. Es kann sich auch der Staat, gegen dessen Bürger retorquirt wird, über keine Unbilligkeit beschweren, weil er ja sich selbst und seine Gesetze der Unbilligkeit beschuldigen würde. Sollte indessen der Nachtheil, der unsern Bürgern aus der Verschiedenheit des Rechts eines andern Staats entsteht, bloß zufällig seyn, und durch den Vortheil, den dieselben auf der andern Seite dabey gewinnen können, wieder ersetzt werden, so ist keine solche Ungleichheit vorhanden, die eine Retorsion rechtfertigen könnte. Z. B. wenn nach den sächsischen Rechten die Töchter aus der mütterlichen Erbschaft die Gerade zum voraus erhalten, so scheint es eine Ungleichheit zu seyn, wenn ihnen an andern Orten, wo das gemeine Recht gilt, diese Befugniß nicht gestattet wird. Denn auf solche Art erhalten Töchter, die in Sachsen wohnen, nach den Gesetzen eines solchen Landes, in welchem die Gerade nicht eingeführt ist, weniger, als auswärtige Töchter aus Sachsen ziehen, wenn sie daselbst ihre Mutter beerben. Allein diese Ungleichheit ist nur scheinbar, sie wird dadurch gehoben, daß Söhne in Sachsen, wenn sie ihre Mutter an einem solchen Orte, wo gemeines Recht gilt, beerben, ihren vollen Erbtheil, ohne Abzug der Gerade, erhalten, dahingegen auswärtige Söhne sich dieselbe von ihrer mütterlichen Erbschaft in Sachsen müssen

63) S. ELSAESSER cit. Dissertat. §. XVIII.

müssen abziehen lassen. Es ist daher höchst unbillig, wenn wider die Oerter, wo keine Gerade üblich ist, eben dieses Recht retorquirt wird [64]). Aus eben diesem Grunde kann auch das Verfahren nach Wechselrecht in einer Provinz den fremden Gläubigern bloß darum, weil solches in ihrem Lande nicht gesetzlich eingeführt ist, keineswegs abgeschlagen werden, ohne Unbilligkeit zu begehen [65]). Denn hier ist keine solche Verschiedenheit der Rechte vorhanden, die den Auswärtigen nachtheilig seyn könnte, indem es ja an einem solchen Orte, wo durch die Landesgesetze kein Wechselrecht eingeführt ist, den Partheyen freysteht, sich durch Verträge nach Wechselrecht zu verbinden [66]). Wollte man also gegen auswärtige Gläubiger das Retorsionsrecht gebrauchen, so würde diese Behandlung offenbar härter seyn, als das Verfahren gegen die Unterthanen des retorquirenden Staats in dem Lande derjenigen ist, gegen welche retorquirt wird. Etwas anderes wäre es zwar, wenn die Gesetze eines Landes den Wechselproceß schlechterdings untersagten, so daß auch nicht einmal eine vertragsmässige Verpflichtung Statt finden sollte. Allein auch selbst in diesem Falle würde die Retorsion nicht rathsam seyn, weil der retorquirende Staat hierdurch den Credit seiner eigenen Unterthanen bey Auswärtigen schwächt, zu dessen Aufrechthaltung doch hauptsächlich

64) Dennoch ist sogar auch in diesem Falle in den *Constitut. Saxon.* P. III. Constit. 38. die Retorsion befohlen. S. Carl Ferd. Hommels Pertinenz und Erbsonderungsregister. Einleit. §. 53. S. 56.

65) HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 146. not. b.

66) von Selchow Grundsätze des Wechselrechts §. 6. b.

sächlich die Wechselverbindlichkeit eingeführt ist[67]). Hieraus wird nun jeder von selbst beurtheilen können, ob sich das heutige Retorsionsrecht aus dem römischen Edict quod quisque iuris etc. ableiten lasse. Ich leugne nicht, daß der Grund der natürlichen Billigkeit bey beyden der nämliche sey; allein das römische Edict setzt wirklich erlittenes Unrecht durch unbilliges und partheyisches Verfahren des Magistrats voraus, zur heutigen Retorsion hingegen ist schon die bloße Verschiedenheit der Rechte hinlänglich, in sofern dieselbe unsern Bürgern nachtheilig oder beschwerlich ist. Jenes bestraft nur den, von welchem das unbillige Recht herrührt, den Magistrat, und die Parthey, welche dasselbe ausgewirkt hat, zum Theil auch deren Erben, es billigt also die Wiedervergeltung unter Bürgern des nämlichen Staats; allein diese wird nicht als Straf-, sondern bloß als Entschädigungs- oder Sicherheitsmittel gegen Auswärtige, und zwar gegen jeden Bürger desjenigen Staats ausgeübt, wo das unsern Unterthanen beschwerliche Recht gilt[68]).

Da übrigens das Retorsionsrecht keine widerrechtliche Handlung des andern Staats voraussetzt, dadurch derselbe unser

67) S. *Io. Christoph.* FRANCK in Mantissa de conflictu iurium cambial. diversor. Tit. V. adiect. EIUSDEM *Institut. iuris cambial.* pag. 377. Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts §. 61. und besonders *Vinc.* OLDENBURG in Diss. alleg. de retorsione iurium, praecipue in causis cambialibus §. VII. sqq.

68) S. *Io. Christ. Wilh. de* STECK Observation. subsecivar. specim. (*Halae* 1779. 8.) spec. ult. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 4. und *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in Not. ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Quaest. 2. not. x. Tom. I. pag. 190. sqq.

unser oder der unsrigen vollkommenes Recht lädirt hätte, sondern nur so etwas zum Gegenstande hat, was man mit vollkommenem Rechte von dem andern Staat nicht verlangen kann, aber doch unsern Bürgern beschwerlich ist; da ferner durch Retorsion keine Gewaltthätigkeit verübt, sondern nur dasselbe Recht wider die Bürger eines auswärtigen Staats angewendet wird, dessen sich derselbe gegen uns bedient; da endlich die Wiedervergeltung kein feindseliges Betragen, sondern blos die Erhaltung der Rechtsgleichheit zum Grunde hat; so erhellet hieraus, daß Repressalien, als welche ein gewaltsames Mittel sind, sich eines widerrechtlich erlittenen Schadens an einer beleidigenden Nation, durch Wegnehmung einiger Bürger oder Sachen derselben, zu erholen, weil die eingeschlagenen gütlichen und rechtlichen Wege nichts geholfen haben, von der Retorsion wohl unterschieden werden müssen [69]).

§. 213.

69) S. WERNHER de iure repressalium inter Principes Imp. Tom. I. P. II. *Observat. forens.* obs. 115. *Lud. Mart.* KAHLII Comment. de iustis repressalium limitibus tum a gentibus, tum a statibus S. I. R. G. observandis. *Goettingae* 1746. Estors Anfangsgründe des gemeinen u. Reichsprocesses 1. Th. 244. Tit. S. 739. folgg. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. I. Fasc. II. Observ. 129. vorzüglich aber *Franc. Ant.* DÜRR Diss. de eo, quod iustum est circa repressalias in causis religionis in imperio Rom. Germ. *Moguntiae* 1771. in *Ant.* SCHMIDT *Thesauro iuris Eccles.* Tom. IV. Nr. XVII. pag. 652 — 738.

§. 213.

Zur Retorsion ist die Einwilligung des Oberherrn im Staate erforderlich.

Das Retorsionsrecht, dessen sich ein Staat gegen Fremde bedient, ist unstreitig ein Recht der höchsten Gewalt[70]). Dem Landesherrn liegt vermöge des Rechts der Oberaufsicht die Sorge ob, dahin zu sehen, daß durch die Gesetze eines andern Staats seinen Unterthanen kein Nachtheil zugefügt werde; und vermöge seiner gesetzgebenden Gewalt kommt ihm die Befugniß zu, zu bestimmen, ob den Fremden ein gleiches Recht, wie seinen Unterthanen, in seinem Lande gesprochen, oder ob die einheimischen Gesetze ihres Staats auch wider sie angewendet werden sollen[71]). Hieraus folgt, daß die Retorsion nicht anders, als unter Auctorität der höchsten und gesetzgebenden Gewalt im Staate, mithin nicht eigenmächtig von Unterobrigkeiten und Richtern, ausgeübt werden dürfe. Denn diese sind verpflichtet, nach den Gesetzen ihres Landesherrn zu richten, und dürfen auch selbst in Ansehung der Fremden für sich keine Ausnahme davon machen[72]). Die Meinung

70) Pütter in den auserlesenen Rechtsfällen 3. Bandes 3. Th. Resp. CCLXXVI. nr. 19. vorzüglich WEINLAND in Otio academ. hyemali pag. 352.

71) *Frid. Es. a* PUFENDORF Animadversion. iuris animadv. CX. §. 2. pag. 169. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* T. I. Fasc. II. Obs. 128.

72) Dav. Georg Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 47. *Franc.* ALEF Diss. alleg. de Legum retorsione Cap. IX. *Christph. Iac.* SCHMIDMER cit. Specim. sist. observat. miscell. de retorsione iuris §. VII.

nung Strycks[73]), daß jeder Richter schon nach dem gemeinen Rechte befugt sey, ein unbilliges Recht des andern Staats gegen desselben Bürger, auch ohne besondere Erlaubniß des Oberherrn, zu retorquiren, ist eine Folge des Irrthums, daß das Retorsionsrecht seinen Grund in dem prätorischen Edicte: quod quisque iuris etc. habe, und verdient daher keinen Beyfall. So viel ist indessen gewiß, daß die landesherrliche Genehmigung nicht immer in jedem einzelnen Falle erforderlich sey, sondern die allgemeine Verordnung des Oberherrn an seine Unterobrigkeiten, die seinen Unterthanen beschwerlichen Rechte anderer Staaten gegen derselben Bürger in vorkommenden Fällen zu retorquiren, ist zur rechtmäßigen Ausübung des Wiedervergeltungsrechts schon hinreichend. Noch weniger aber kann Privatpersonen dieses Recht gestattet werden. Schon die Regeln der Klugheit erlauben dieses nicht, denn Mißbrauch wäre unvermeidlich.

§. 214.

Die Retorsion findet wider ein Moratorium nicht Statt. Kann sie bey Unterthanen verschiedener Provinzen, die einem Regenten unterworfen sind, ausgeübt werden?

Wenn ein Schuldner, der durch Unglück und nicht durch eigene muthwillige Veranlassung in einen Vermögensverfall gerathen ist, bey seinem Landesherrn einen Anstandsbrief (moratorium) ausgewirkt hat, vermöge dessen er binnen einer gewissen Zeit von seinen Gläubigern nicht ausgeklagt werden darf, und dieser während der Zeit aus-

stehende

73) in usu mod. Pandect. h. t. §. V.

stehende Forderungen von seinen Schuldnern gerichtlich beytreibt; so entsteht die Frage, ob ihm die exceptio moratorii retorsionsweise entgegengesetzt werden könne? Dem ersten Ansehen nach sollte man denken, daß die Retorsion in diesem Falle nicht unbillig sey. Denn einmal scheint das Edict des Prätors: quod quisque iuris etc. für die Beklagten zu reden. Kann etwas billigeres gedacht werden, als dieses, daß, da der Kläger vermöge des erhaltenen Moratoriums von seinen Gläubigern nicht belangt werden kann, er auch eben so wenig seine Schuldner während dieser Zeit zu belangen befugt seyn könne? Noch mehr scheint aber der Zweck der Retorsion jene Exception zu begründen. Dieser zielt, wie bekannt, auf die Erhaltung der Gleichheit ab. Würde nun nicht dieselbe offenbar aufgehoben, wenn die Beklagten dem Kläger ihre Schulden abzutragen angehalten werden sollten? Endlich streiten für diese Meinung auch die angesehensten Rechtsgelehrten[74]). Allein dieser Gründe ungeachtet kann dennoch in dem bemerkten Falle keine Retorsion statt finden. Denn es sind die Beklagten, welche die exceptionem moratorii retorquiren, entweder einheimische oder fremde Schuldner. Erstere können ohnehin sich keiner Retorsion gegen ihren Mitbürger bedienen. Der Landesherr, ohne dessen Auctorität nicht einmal einem Richter die Retorsion gestattet ist, wird aber in dem vorliegenden Falle dieselbe um so weniger genehmigen, weil ja

sonst

74) CARPZOV Part. III. Const. XXXVIII. Def. I. nr. 17. BERLICH Practicar. Concluf. Part. III. Concl. LI. nr. IO. MEVIUS in Decisionib. P. II. Decis. LIX. not. IO. LUDOVICI in doctr. Pandectar. h. t. §. 3. *I. H.* BOEHMER in Tract. iurid. de literis respirationis earumque validitate et invaliditate. Cap. II. §. 12. u. a. m.

sonst der ganze Endzweck des ertheilten Anstandsbriefes, nämlich einen durch Unglücksfälle heruntergekommenen Schuldner wieder aufzuhelfen, wegfallen würde. Denn was könnte ein Moratorium nützen, wenn dem Impetranten dadurch die Mittel abgeschnitten seyn sollten, seine ausstehenden Schulden einzufordern, und sich vielleicht hierdurch wieder in eine bessere Situation zu schwingen. Es können aber auch auswärtige Schuldner sich keiner rechtmäßigen Retorsion bedienen, weil durch einen Anstandsbrief anders nichts, als eine in den gemeinen Rechten erlaubte Wohlthat, verstattet wird. Es ist also hier keine solche Ungleichheit und Verschiedenheit statutarischer Rechte vorhanden, welche die Retorsion voraussetzt. Der für die entgegengesetzte Meinung aus dem Edict des Prätors hergenommene Grund aber bedarf fast keiner Widerlegung. Denn einmal ist ja schon oben gezeigt worden, daß die heutige Retorsion keinesweges aus jenem Edict entspringe; zum andern aber kann auch darum in dem gegenwärtigen Falle von dem Edict des Prätors kein Gebrauch gemacht werden, weil solches nur gegen denjenigen statt findet, der aus Bosheit eine ungerechte Verordnung wider seinen Gegner ausgewirkt hat, welches doch von dem Impetranten eines Moratoriums nicht behauptet werden kann[75]).

75) Gleicher Meinung sind *Io.* SCHILTER in Praxi Iur. Rom. Exercit. VI. §. 28. LYNCKER Centur. V. Decis. 434. *Wolf. Ad.* LAUTERBACH in Diss. de beneficio rescripti moratorii. *Tub.* 1668. §. 43. *Io. Phil.* SLEVOGT in Exercit. de retorsione in moratorio non competente. (*Ienae* 1717.) Cap. IV. *Io. Henr.* FRICKE in Meditationib. iuris tam publici quam privati de moratorio. *Kiliae* 1770. 4.) §. XIV. Gebr. Overbec Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien.

Ein anders wäre freylich, wenn unter den einheimischen oder auswärtigen Schuldnern desjenigen, der ein Moratorium erhalten, einige in gleicher Lage sich befänden, denen ebenfalls ein solches Anstandsrescript von ihrem Landesherrn ertheilet worden ist. Diese würden sich unstreitig wider ihren Gläubiger mittelst ihres Moratoriums zu schützen befugt seyn. Vergeblich wird sich auch in diesem Falle der privilegirte Gläubiger auf die bekannte Regel berufen, daß ein Privilegirter gegen einen ebenfalls Privilegirten sich seines Privilegiums nicht bedienen könne. Denn einmal ist die Trüglichkeit dieser Regel schon an einem andern Orte dieses Commentars [6]) vor Augen gelegt worden; sodann ist ja hier der Kläger nur gegen seine Gläubiger privilegirt, so daß er von ihnen nicht belangt werden kann; aber keinesweges gegen seine Schuldner, dergestalt, daß er wider dieselben, ihres ebenfalls erhaltenen Privilegiums ungeachtet, klagen könnte [77]).

Ob bey Unterthanen ebendesselben Landesherrn, welche verschiedene Oerter oder Provinzen bewohnen, das Retorsionsrecht Statt finde? ist ebenfalls streitig. Unser Autor behauptet dieses, und führt das Abzugsrecht zum Beyspiel an, welches in manchen teutschen Ländern, wie z. B. in Kursachsen, sogar in einem Gerichtssprengel

1. Band. (Braunschweig und Hildesheim 1780. 8.) Medit. VI. S. 31—36. und *Christph. Iac.* SCHMIDMER in Diss. saep. alleg. de retorsione iuris §. XVI.

76) Theil 2. §. 105. S. 16.

77) FRICKE in cit. Meditat. de moratorio §. XIV.

gel wider den andern ebendesselben Landes ausgeübt wird[78]). Allein dem Begriffe des Retorsionsrechts scheint dieses so wenig, als dem Zweck desselben (§. 212.), gemäß zu seyn, zumal wenn man mit einem berühmten teutschen Rechtslehrer[79]) die Retorsion als eine Art von Selbsthülfe betrachtet, deren man sich in solchen Fällen bedient, wo weder gesetzgebende noch richterliche Gewalt die Abstellung eines dem Fremden nachtheiligen Rechts bewirken kann. Zufolge dieser Grundsätze sind daher die meisten heutigen Rechtsgelehrten der Meinung, daß zwischen Unterthanen ein und eben desselben Territoriums oder auch verschiedener Provinzen, die aber doch einem Regenten unterworfen sind, keine Retorsion statt finde[80]). Und diese Meinung ist auch durch verschiedene königliche Decisivrescripte in den Preußischen Staaten gesetzlich bestätigt worden[81]). Es kommt jedoch, meines Erachtens, hierbey vorzüglich auf die Art

78) Man vergleiche SCHOTT Institut. iuris Saxon. electoral. privati pag. 45. (*edit. II. de a.* 1785.)

79) Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 319.

80) *Car. Otto* RECHENBERG de bello legum contra leges retorsione ementita metuendo §. 14. *Franc. Ant.* DÜRR in Diss. de eo, quod iustum est, circa repressalias in causis religionis in Imp. R. G. §. 6. not. a. *Christph. Iac.* SCHMIDMER in saep. alleg. Dissert. §. 8. Runde in den angef. Grundsätzen des T. Privatrechts §. 319. u. a. m.

81) Rescript an das Kammergericht zu Berlin vom 17. Aug. 1761. und Rescript an die Clevische Regierung vom 15. Jan. 1756. Beyde sind abgedruckt in *Frid.* BEHMERI novo iure controverso. Tom. II. (*Lemgoviae* 1771. 4.) Observat. LXXXIII. pag. 520. sqq.

der Union unter den verschiedenen Provinzen eines Regenten in Ansehung ihrer Rechte, und die Verfügung des Landesherrn an, ob und wie weit die Retorsion bey den Unterthanen der verschiedenen Lande desselben Statt finden solle[82]). Denn es ist schon oben bemerkt worden, daß Retorsionen nur unter Auctorität der gesetzgebenden Gewalt ausgeübt werden können[83]).

§. 215.

Ist die Retorsion in peinlichen Fällen anwendbar?

Es ist eine fast einstimmig angenommene Meinung der Rechtsgelehrten, welcher auch hier unser Verfasser beytritt, daß in Criminalfällen keine Retorsion Statt finde. Die Gründe, die gewöhnlich angeführt werden, sind, weil ein Auswärtiger, der in einem fremden Lande ein Verbrechen begehet, in Ansehung dieser Handlung nicht als ein Fremder zu behandeln, sondern als ein zeitiger Unterthan nach den Gesetzen des Staats, gegen die er gesündigt hat, zu richten, und, wenn das Verbrechen ausser dem Territorium begangen worden, die Strafe nach gemeinen Rech-

82) Eben so urtheilt Hr. Hofr. HOFACKER in Princip. iuris civ. Rom. et Germ. Tom. I. §. 147. Vorzüglich verdient auch hier Riccius in dem zuverläßigen Entwurf von Stadtgesetzen 2. Buch 19. Hauptst. §. 9. nachgesehen zu werden, welcher zeigt, warum zuweilen ein Landesherr bey Unterthanen verschiedener Städte seines Territoriums die Retorsion zu gestatten für gut befindet.

83) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Specim. XXX. med. 8.

Rechten zu bestimmen sey [84]). Allein mir scheinen diese Gründe nicht von solchem Gewicht zu seyn, um jene Meinung gegen den Vorwurf einer unbilligen Einschränkung der gesetzgebenden Gewalt, von welcher doch die Retorsion ihr Leben und Bestimmung erhält, rechtfertigen zu können. Wir wollen uns die einzelnen möglichen Fälle vorstellen, und darnach prüfen, ob denn wirklich alle Retorsion in Criminalfällen unzuläßig sey. Es kann einmal die Frage entstehen, ob bey dem peinlichen Proceß gegen auswärtige Verbrecher die Retorsion gebraucht werden könne? Ich glaube, allerdings. Warum sollte z. B. der Landesherr nicht befugt seyn, zu verordnen, daß die Tortur bey auswärtigen Delinquenten solcher Lande, wo dieselbe noch nicht abgeschaft ist, ebenfalls gebraucht werden solle? Und lehrt nicht die Erfahrung, daß die verweigerte Auslieferung ergriffener Verbrecher zu häufigen Retorsionen Anlaß giebt [85])? Wie, wenn aber von der Bestimmung der Strafe für auswärtige Verbrecher, die Frage entsteht, sollte nicht auch hier die Retorsion zum Maasstabe dienen können? Ich muß gestehen, daß ich keinen hinreichenden Grund finde hieran zu zweifeln. Jeder Landesherr hat ja das Recht, nach seinem Ermessen zu bestimmen, wie die Verbrecher in seinem Lande bestraft werden sollen [86]).

84) S. STRUV in Tract. de vindicta privata Cap. XI. aphor. II. ELSAESSER in Diss. alleg. §. 2. in fin. SCHMIDMER cit. Diss. §. 17.

85) Ein Beyspiel giebt die Magdeburgische Policey-Ordnung Kap. 55. §. 11. Siehe auch Estors Anfangsgründe des gemeinen und R. Processes 1. Th. §. 2032. a. am Ende.

86) *Ge. Iac. Frid.* MEISTER Princip. iur. crim. German. commun. (*Goetting.* 1789. 8.) §. 84.

Warum sollte er nun, wenn es ihm für das Wohl seines Staats zuträglich zu seyn schiene, nicht verordnen können, daß auswärtige Verbrecher in seinem Lande nach den Gesetzen ihres Domiciliums gerichtet werden sollen. Es bleibt hier allemal das Verhältniß der Handlung zum Strafgesetz. Denn entweder hat der Fremde das Verbrechen in seinem Vaterlande selbst begangen, oder im Gebiete des retorquirenden Staats. Im ersten Falle hat ja der Delinquent die Gesetze seines Vaterlandes unmittelbar übertreten. Aus diesen entsteht daher auch eine unmittelbare Verbindlichkeit zur verwirkten Strafe. Wie kann hier nun die Strafe noch nach gemeinen Rechten bestimmt werden, wo das gemeine Recht durch besondere, demselben entgegengesetzte, Landesgesetze aufgehoben worden ist? Im andern Falle ist die Strafe, die gegen den Fremden retorquirt werden soll, ebenfalls in einem für denselben verbindenden Gesetze aufgestellt. Schon Justinian[87]) sagt: *ut unusquisque, in qua provincia deliquit, illic etiam iuri subiaceat.* Hat nun der Landesherr bestimmt, daß Fremde nach den peinlichen Gesetzen ihres Domiciliums gestraft werden sollen, wer will läugnen, daß die in diesen Gesetzen enthaltene Strafe verwirkt sey? Es ist auch offenbar, daß unter solchen Umständen der Fremde nicht als bloßer zeitiger Unterthan behandelt werde. Unbillig wird man dieses Verfahren wohl nicht mit Grund nennen können, oder man müßte denn geradezu läugnen, daß Erhaltung einer rechtlichen Gleichheit unter Bürgern verschiedener Staaten auch in peinlichen Fällen billig und zuträglich sey.

§. 216.

87) *Nov. LXIX. cap. 1. princ.*

§. 216.

Schon das Daſeyn eines verſchiedenen und unſern Bürgern beſchwerlichen Rechts iſt zur Ausübung der Retorſion hinreichend.

Die Retorſion ſetzt ihrem Begriffe nach eine Verſchiedenheit der Rechte verſchiedener Territorien voraus. Allein iſt das bloße Daſeyn einer ſolchen Verſchiedenheit ſchon hinreichend, wenn ſolche auch noch nicht zur Ausübung gebracht iſt? Einige Rechtsgelehrten[88]) wollen hieran zweifeln. Sie halten es zur Ausübung des Wiedervergeltungsrechts für ſchlechterdings nothwendig, daß das verſchiedene Recht des andern Staats, welches gegen deſſelben Bürger retorquirt werden ſoll, in vorgekommenen Fällen gegen die Unterthanen unſers Landes wirklich müſſe angewendet worden ſeyn. Man behauptet daher, daß der retorquirenden Obrigkeit jederzeit der Beweis obliege, daß Beyſpiele von dieſer Anwendung bereits vorgekommen ſind[89]). Die neuern Rechtsgelehrten[90]) verwerfen jedoch dieſe Meinung billig,

88) *Chriſt. Gottl.* RICCIUS im zuverläßigen Entwurf von Stadtgeſetzen 2. Buch. 19. Hauptſt. §. 4. 5. 6. BROCKES in ſelect. Obſervat. for. Obſervat. CCVII. EISENHART in Diſſ. de retorſione iuris albinagii in ſucceſſione mariti ceſſante, in *Opuscul.* pag. 151. ſqq.

89) CARPZOV P. III. Conſt. XXXVIII. definit. 8. BERLICH P. III. Concl. LI. nr. 27.

90) von Cramer in den wetzlariſchen Nebenſtunden 6. Th. Nr. 9. SCHMIDMER in Diſſ. alleg. §. 6. Schnaubert Anfangsgründe des Staatsrechts der geſ. Reichslande §. 381. am Ende. Runde Grundſätze des allgem. T. Privatrechts §. 319. und vorzüglich ELSAESSER in Diſſ. de iurium ſtatutar. variantium retorſione etiam tunc fundata, ſi actus ſecundum illa exercitus non praeceſſerit §. V — XV.

billig, und auf deren Seite ist auch unser Hellfeld getreten. Ich kann ebenfalls nicht läugnen, daß die Gründe für diese letztere Meinung von mehrerem Gewichte sind. Denn ein für allemal läßt sich von dem Edict des Prätors auf die heutige Rechtserwiederung keine richtige Schlußfolge herleiten. Und da man den wirklichen Gebrauch des einmal eingeführten Rechts bey vorkommenden Fällen doch immer vermuthen muß, so kann wegen solcher künftig zu befürchtenden Fälle die Retorsion, als ein Vertheidigungsmittel, um so mehr angewendet werden, als diejenige Obrigkeit, gegen deren Unterthanen solchergestalt verfahren wird, um die Ausübung des Retorsionsrechts abzuwenden, weiter nichts zu thun hat, als die uns nachtheilige und beschwerliche Verordnung aufzuheben. Denn so wie das Recht zu retorquiren mit Entstehung jener Verordnung sein Daseyn erhalten hat, so hört es auch mit derselben wieder auf. Hieraus folgt also, daß der retorquirenden Obrigkeit kein Beweis, daß die beschwerliche Verordnung des andern Staats wider ihre Unterthanen bereits in Ausübung gekommen sey, aufgebürdet werden kann [91]). Da indessen das Retorsionsrecht von der gesetzgebenden Gewalt seine ganze Direction erhält, so hängt es freylich von der Willkühr der retorquirenden Landesobrigkeit ab, zu bestimmen, was sie deßfalls für Maasregeln zu nehmen für gut findet [92]),

Ueber-

91) WERNHER in select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 32. *de* SELCHOW in Elem. iuris germ. priv. hod. §. 221. ELSAESSER a. a. O. §. 14. u. 15.

92) So z. B. ist in den Churſächsischen Landes-Constitutionen P. III. Const. 38 ausdrücklich verordnet, daß gegen solche Städte und Oerter keine Retorsion ausgeübt werden solle, die sich ihres verschiedenen Rechts gegen sächsische Unterthanen noch nie bedient hätten.

Ueberhaupt aber ist es der Höflichkeit und Klugheit gemäß, in solchen Fällen vorher bey dem andern Staat anzufragen, ob er gesonnen sey, von seinem Rechte gegen unsere Bürger Gebrauch zu machen.

Retorsionen verhütet man übrigens durch wechselseitige Verträge und Reversalen, wodurch die Obrigkeit des jenseitigen Orts, wo das ungleiche Recht herrscht, sich verbindlich macht, daß sie sich dessen gegen uns nicht bedienen wolle[93]). Solche Reversalien müssen jedoch zeitig offerirt werden, ehe noch der Fall eintritt, wo die Retorsion geltend gemacht werden kann[94]). Denn ist der Fall schon vorhanden, so braucht man sie nicht anzunehmen, weil das Retorsionsrecht mit dem Augenblick, in welchem die jenseitige uns nachtheilige Verordnung Gesetzeskraft erlangte, entstanden und erworben worden ist, Verträge aber nicht auf vergangene Fälle ausgedehnet werden können. Es darf auch eine Unterobrigkeit ohne Einwilligung der Landesherrschaft nicht einmal Reversalien annehmen, weil dergleichen Verträge auf eine Einschränkung der gesetzgebenden Gewalt abzielen[95]). Allein durch Cession der Rechte an Einheimische kann der Retorsion nicht ausgewichen werden, weil der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und dieser eigentlich unter jenem verborgen ist[96]).

93) ELSAESSER cit. Dissert. §. 16. et 17. und SCHMIDMER c. l. §. 14.

94) So z. B. haben viele Reichsstände durch besondere Verträge das Abzugsgeld gegenseitig aufgehoben.

95) Westphal im teutschen und reichsständischen Privatrechte Th. 1. Abh. IV. §. 24.

96) LEYSER in Meditat. ad Pandect. Spec. XXX. med. 8. und *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. for. cessio hereditatis a peregrino in indigenam facta utrum ius detractus tollat? *Lipsiae* 1783.

Lib. II. Tit. III.

Si quis ius dicenti non obtemperaverit.

§. 217.

Strafe des Ungehorsams gegen richterliche Verfügungen und Erkenntnisse. Erläuterung der *L. un.* §. 1. *D. h. t.* Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Es gehört ferner zur Aufrechterhaltung der Gerichtsbarkeit, das Ansehen richterlicher Verfügungen und Erkenntnisse durch Zwang und Strafmittel zu vertheidigen. Eine römische Obrigkeit konnte daher nicht nur den Ungehorsamen Geldstrafen auflegen, sondern auch wider denjenigen, der einem rechtskräftigen Urtheile keine Folge leistete, sondern es bis zur Execution kommen ließ, zur Behauptung ihres Imperiums, eine Pönalklage verstatten[97]). Ob diese Klage eben so, wie diejenige, welche der Prätor aus dem Edict de albo corrupto gab, eine Volksklage gewesen, ist unter den eleganten Auslegern des römischen Rechts streitig. Cujaz[98]) glaubt es, weil dem gemeinen Wesen selbst daran gelegen, daß die Majestät des Prätors gegen alle Beleidigungen gesichert werde. Seine Meinung fand auch bey mehrern

97) Ueber diesen Titel bemerke ich vorzüglich *Iac.* VOORDA Diss. ad L. un. D. si quis ius dicenti non obtemperaverit, in *Ge.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Tom. I. Vol. 2. und *Ad. Frid.* TRENDELENBURG biga Observationum ad Tit. Dig. si quis ius dicenti non obtemperaverit. *Buetzovii* 1765. 4.

98) Observat. lib. XXIV. cap. 25.

mehrern Rechtsgelehrten Beyfall [99]). Allein schon Emund Merillius [100]) verwarf sie, und wenn sich gleich Osius Aurelius [1]) des Cujaz gegen den Angriff des Merillius annahm, so sind doch die neuern Rechtsgelehrten fast alle auf Merillius Seite getreten [2]). Nur wenige Pönalkla-gen haben die besondere Eigenschaft, daß sie jeder aus dem Volke anstellen kann. Man kann daher Popularklagen anders nicht annehmen, als wenn ihnen die Gesetze diese Eigenschaft ausdrücklich beygelegt haben. Dieses läßt sich aber von der Pönalklage dieses Titels nicht erweisen. Das Vergehen, weßhalb eine Popularklage Statt finden sollte, mußte immer das suum ius populi zugleich betreffen, wie Paulus [3]) sagt, es mußte als Sache des ganzen Volks angesehen werden können. Dieß war nun zwar der Fall, wenn Jemand sich an den für das Volk aufgestellten Edicten

des

99) *Hugo* DONELLUS Commentar. iuris civ. lib. XV. c. 24. BACHOV ad Treutlerum Vol. I. Diff. IV. Th. 9. lit. D. et E. *Henr.* HAHN ad Wesenbecium h. t. n. 2. u. a. m.

100) Lib. I. Variant. ex Cujacio cap. 6.

1) in Tract. de variant. Cujacii interpretat. Dispunct. 6. bey OTTO in *Thesauro iur. Rom.* Tom. III. pag. 708.

2) *Franc.* DUARENUS lib. I. anniversar. Disputat. cap. 50. *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Dig. h. t. §. 3. *Corn. van* ECK Princip. iur. civ. h. t. §. 2. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. P. I. Lib. II. Disp. 7. Th. 5. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 3. *Io. Ortw.* WESTENBERG Principia iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 9. *Sam. de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. *Io. Ern. Bernh.* EMMINGHAUS in Notis ad Eundem not. y. Tom. I. pag. 191. vorzüglich aber *Ad. Frid.* TRENDELENBURG in der angef. Schrift Obs. I.

3) *L.* 1. *D. de popularib. actionib.*

des Prätors vergieng. Allein viel zu wenig Interesse für das Volk hatte es, wenn dem Befehl des Prätors in einer bloß einzelne Privatpersonen angehenden Rechtssache keine Folge geleistet wurde. Die deshalb zustehende Pönalklage konnte also nur von dem Gegentheil, und zwar nicht allein von dem Kläger, sondern, nach der Meinung des Labeo [4]), auch sogar von dem Beklagten selbst angestellet werden, wenn nämlich der Kläger ihm etwas zu vergüten, oder sonst zu leisten war verurtheilt worden, und dieser, weil er den Besitz der Sache schon erhalten hatte, sich gegen das richterliche Erkenntniß widerspenstig bezeigte [5]). Daß die Klage nur ein Jahr dauerte, auch nicht auf die Erben gieng [6]) beweißt nicht, daß sie eine Volksklage gewesen, wenn gleich Ulpian [7]) dieß als eine gemeine Eigenschaft aller Popularklagen angiebt; sondern die Ursache dieser Wirkung ist, daß sie eine prätorische Pönalklage war, wie Ulpian [8]) selbst gestehet. Allein worin bestand denn nun die Strafe, worauf man die Klage richtete? Ulpian [9]) sagt: Hoc iudicium, non ad id quod interest, sed

QUAN-

4) *L. un. §. 3. D. h. t.*

5) So kann allerdings bey der Reivindication der Fall vorkommen, daß der Kläger zugleich condemnirt wird, dem Beklagten etwas zu leisten oder zu vergüten. *L.* 10. *L.* 13. *L.* 48. *L.* 65. *D. de Rei vindicat.* S. *Ian. a* COSTA ad Tit. Decretal. de mutuis petitionibus, und *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Dig. h. t. §. 2.

6) *L. un. §. 4. D. h. t.*

7) *L. 8. D. de popular. action.*

8) *L. un. §. 4. D. h. t.*

9) *L. un. §. 4. cit.*

QUANTI EA RES EST, concluditur. Ob hiermit eine arbiträre Geldstrafe oder der Werth des zu restituirenden Gegenstandes gemeint sey, ist zweifelhaft. Denn die Redensart: *Quanti ea res est*, hat in unsern Gesetzen mehrere Bedeutungen [10]). Für die letztere Bedeutung streiten angesehene Rechtsgelehrten [11]). Allein die meisten wollen den Ulpian von einer arbiträren Geldstrafe verstehen, welche der Richter nach der Grösse des Vergehens und Ungehorsams bestimmt habe [12]). Dieß ist auch unsers Autors Meinung. Irrig ist es indessen, wenn Scipio Gentilis [13]) glaubt, daß die Strafe dem Magistrat gehört habe, dessen Ansehen durch die Widerspenstigkeit des Verurtheilten verletzet worden. Denn es war ein grosser Unterschied zwischen einer Geldstrafe, die die Obrigkeit dictirte, und einer Pönalklage, wie Joseph Averanius [14]) ganz deutlich gezeigt hat. Gegen wen übrigens diese Klage Statt finde, und

10) Conf. *Iac.* GOTHOFREDUS in Animadversion. iuris civ. libro, cap. I. in *Operib. iurid. minorib.* a *Ch. H.* TROTZ editis pag. 266. sqq. und *B.* BRISSONIUS de Verbor. signific. v. *Quantus.*

11) BACHOVIUS in prim. parte Pandectar. h. t. §. ult. DUARENUS lib. I. Disputat. anniversar. cap. 50. HEINECCIUS in Historia Edictor. pag. 301. not. f. WESTENBERG in Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 7. TRENDELENBURG c. l.

12) CUJACIUS lib. XXIV. cap. 25. *Guil.* MARANUS in Paratitl. ad h. t. Digestor. *Ev.* OTTO in praefat. ad Tom. V. Thesaur. iur. Rom. *Ger.* NOODT in Commentar. ad Digesta h. t. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Tom. I. pag. 326. *Ant.* SCHULTING in Enarrat. part. prim. Digestor. h. t. §. 3. u. a. m.

13) de iurisdictione lib. I. cap. 8.

14) Interpretation. iuris Lib. I. cap. IV. nr. 42.

und wer in Rücksicht derselben für ungehorsam zu halten sey, bestimmt Ulpian [15]) in folgenden Worten: Is videtur ius dicenti non obtemperasse, qui, quod extremum in iurisdictione est, non fecit: veluti si quis rem mobilem vindicare a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est. Caeterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur. Die Erklärungen der Rechtsgelehrten in Ansehung dieser Stelle sind sehr von einander abweichend, wie die unten [16]) angeführten Schriften zeigen. Zur Erläuterung derselben will ich nur Folgendes bemerken. *Quod extremum in iurisdictione est* ist richtiger von der Sentenz selbst, als von der Vollstreckung derselben zu verstehen. Denn letztere gehörte zum Imperium [17]). Die Sentenz hingegen war gleichsam die letzte

15) *L. un. §. 1. D. h. t.*

16) S. ausser VOORDA und TRENDELENBURG in den angef. Schriften ALCIATUS Paradox. lib. II. c. 15. CUJACIUS in Recitat. ad h. t. und lib. XXIV. Observat. c. 25. et 31. PERENONIUS Animadv. et variar. lection. lib. I. c. 20. (*Thes. Otton.* T. I. p. 615.) *Guil.* FORNERIUS selection. lib. I. c. 18. (*Thes. Otton.* T. II. p. 27.) LYKLAMA a NYHOLT Membranar. lib. V. Eccl. 10. *Ant.* FABER Rational. ad Pand. h. L. *Guil.* RANCHINUS variar. lection. lib. III. c. 15. (in SCHMINCKII *Syntagm. crit. varior. auctor.* p. 102. sqq.) GRANGIANI Paradox. c. 47. (*Thes. Meermann.* T. V. p. 637.) PANCIROLLUS var. lection. lib. II. c. 16. *Ger.* NOODT in Commentar. ad h. tit. Pandect. *Herm.* CANNEGIETER Observat. iuris Rom. lib. III. c. 1. *Io. Guil.* HOFFMANN in Observat. var. ad lib. II. Pandectar. Dissertat. hebdom. III. §. 2. und *Io. Bern.* KOEHLER in Interpretat. et Emendation. iuris Rom. lib. I. cap. V. §. 2. pag. 28. seq.

17) Mit Recht sagt daher POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. ad h. L. pag. 53. *Extremum in iurisdictione est sententia: si ei non*

letzte Handlung, mit welcher das, was zur Jurisdiction im eigentlichen Sinne gehörte, ein Ende hatte, wie schon oben (S. 8.) erinnert worden ist. *Vindicare* wird hier in seiner originellen Bedeutung genommen, und heißt soviel als eine Sache in Besitz nehmen, die mir der andere herauszugeben schuldig ist. Eine Bedeutung die in den Fragmenten der röm. Rechtsgelehrten öfters vorkommt [18]). *Vindicari non pati* wird also von dem gesagt, qui non finit prehendere id, quod dare oportere condemnatus est. Die folgenden Worte *duci eam vel ferri passus est* erklärt Hofmann durch diripi potius ac perdi eam passus est per contumaciam, quam restitui. Allein sie gehen wohl mehr auf die apparitores, durch die man rechtskräftige Sentenzen vollstrecken ließ; und zwar wird *duci* von lebendigen, *ferri* hingegen von leblosen Sachen gebraucht [19]). Die Emendation des Cannegierers, der statt *sed* duci vielmehr NEC duci eam etc. lesen will, ist eben so vergeblich, als die von andern geträumte Ellipse, welche nach den Worten *vel ferri passus est* suppliren wol-

non pareatur, iam incipiet se exerere imperium, ut qui condemnatus est, cogatur obtemperare.

18) PAULUS lib. V. *Sentent. recept.* Tit. XXVI. §. 4. et ad Eundem. *Ant.* SCHULTING not. 31. *Iurisprud. vet. Antejustin.* pag. 524. ULPIANUS *L. 5. §. 5. D. iure dot. L. 2. D. de manumiss. quae servis ad univ. pertin. impon.* MODESTINUS *L. 2. §. 2. D. Qui pet. tutor.* IULIANUS *L. 47. §. ult. D. de fideicomm. libertat.* Zur Erläuterung dient auch das Beyspiel beym LIVIUS lib. III. cap. 48. u. 49.

19) *L. 57. pr. et §. 1. D. de evict. L. 30. D. de lib. caus. L. 32. D. de noxal. act. L. 6. D. de public. in rem act. L. 235. D. de Verb. signif.*

len: ius dicenti obtemperasse videtur. Man giebt dieser Art der Ellipse den Namen ἀνανταπόδοτον. Allein, eine solche Figur hier anzunehmen, ist kein hinreichender Grund vorhanden, wie sich bald ergeben wird *Caeterum* kann in der gegenwärtigen Verbindung wohl nichts anders als ausserdem, praeter speciem propositam heissen; welche Bedeutung auch nicht unbekannt ist. Allein der Ausdruck *Sequentia* scheint dem Cannegieter ganz ungewöhnlich zu seyn; er nimmt daher zur Emendation seine Zuflucht, und lieset mittelst einer Gemination sententia stare, doch, wie mich dünkt, wieder ohne Noth. Ich befürchte vielmehr, daß hierdurch der wahre Sinn noch mehr verdunkelt oder vielleicht gar entstellt wird. Natürlich sollte man denken, könne *Sequentia* hier nichts anders heissen, als ea, quae sententiam sequuntur. Denn vorher war davon die Rede, wer dem richterlichen Ausspruche keine gutwillige Folge leistet, sondern es zur Execution kommen läßt. Diese letztere ist also das, was auf die Sentenz erfolgt, wenn derselben kein Genüge geschiehet. Allein richtiger erklärt man es wohl, wenn man darunter versteht: quae plerumque sequuntur condemnationem, und was gleichsam als ein accessorium executionis anzusehen ist, und dieses besteht gewöhnlich in Restitution der Früchte und Unkosten, und überhaupt in Vergütung alles Interesse [20]). Endlich die letztern

20) So erklärt das *sequentia* auch Hr. Prof. HÜBNER in verisimilium iuris civ. specimine. *Lipsiae* 1798. §. 1. dessen Erklärung ich sehr natürlich und dem gesetzlichen Sprachgebrauche gemäß finde. Denn *sequentia* nennen unsere Gesetze öfters dasjenige, was mit andern Dingen in Verbindung steht. *L. 6. D. de Interd. L. 1. D. de novat. L. 178.* u. *L. 229. D. de Reg. iur.* Ich nehme also hier gern meine Erklärung in der ersten Aus-

letztern Worte: *tunc non obtemperasse videtur* wollen soviel sagen, daß allerdings auch propter sequentia condemnationis die Pönalklage gegründet sey, wenn der condemnirte Beklagte zwar die Sache selbst zu restituiren bereit wäre; allein das Uebrige, wozu der Beklagte noch außer der Hauptsache den Kläger zu leisten verurtheilt worden ist, nicht gutwillig leisten wollte. Der natürliche Sinn dieser ganzen Stelle wäre also meiner Einsicht nach folgender: Derjenige sey für ungehorsam zu halten, der dem richterlichen Erkenntniß nicht gutwillig Folge geleistet hat; z. B. wenn er die bewegliche Sache, die er dem Urtheile gemäß herausgeben sollte, dem Kläger auf sein Begehren nicht verabfolgen lassen wollte, sondern es soweit kommen ließ, daß ihm diese Sache erst von den Gerichtsdienern weggenommen werden mußte. Ausserdem sey aber auch dann der Beklagte für ungehorsam zu halten, wenn er zwar die Sache selbst zu restituiren bereit ist, allein das Uebrige, was mit der Hauptsache in Verbindung steht, und dem Kläger zugesprochen worden ist, wie z. E. die Früchte der Sache oder die Kosten nicht vergüten will.

Daß diese römische Pönalklage indessen heutzutage nicht mehr üblich sey, sondern der Richter das Ansehen seiner Verfügungen durch Strafbefehle zu vertheidigen pflege, ist eine allgemein bekannte Wahrheit [21].

Ausgabe dieses 3. Theils zurück. Offenbar gegen allen Sprachgebrauch streitet aber die Erklärung Köhlers c. l. pag. 30. wenn er *sequentia* erklärt durch posteriore loco posita, und dieses auf das unmittelbar Vorhergehende beziehen will, als wenn nun der Sinn Ulpians der wäre: Caeterum si et haec ipsa, quae modo diximus, facere noluit, id est, nec duci nec ferri rem mobilem passus est, tunc non obtemperasse videtur.

21) S. WERNHER in lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 2.

Verzeichniß einiger Bücher, welche bey dem Verleger dieses Werkes zu haben sind.

Auszug aus der preuss. Gerichtsordnung, dem Landrechte und dem Servis- und Kantonreglement, oder Handbuch für das preuss. Militair, Beamten und Unterthanen, 8. 1798. 12 gr. 45 kr.

Bensen, Heinr., Versuch eines syst. Grundrisses der reinen und angewandten Staatslehre für Kameralisten, 3 Theile, gr. 8. 1798—1800. 2 Rthlr. 16 gr. 4 fl. 4 kr.
(I. 10 gr. 40 kr. II. 14 gr. 54 kr. III. 1 Rthlr. 16 gr. 2 fl. 30 kr.)

— — System der reinen und angewandten Staatslehre für Juristen und Kameralisten. Zweyte umgearb. Aufl. 1r Theil, gr. 8. 1804. 1 Rthlr. 8 gr. 2 fl.

— — Versuch einer systematischen Entwickelung der Lehre von den Staatsgeschäften, und zwar in Hinsicht ihrer formalen Bestimmung, 1r Theil, gr. 8. 1800. 1 Rthlr. 1 fl. 30 kr.

— — desselben 2r Theil, gr. 8. 1801. 1 Rthlr. 20 gr. 2 fl. 45 kr.
Auch unter dem Titel: Anleitung zur gesammten Geschäftsführung für Juristen und Kameralisten.

— — Materialien zur Polizey- Kameral- und Finanzpraxis für angehende Staatsbeamten oder Theorie des Geschäftsstils, nebst Anweisung zur Bearbeitung der Protokolle, Berichte, Bittschriften, Relationen, Dekrete ꝛc. 1r bis 3r Band, jeder in 3 Heften, complet 5 Rthlr. 6 gr. 8 fl. 15 kr.
Von jedem Band kostet das 1te Heft 10 gr. 40 kr. das 2te 20 gr. 1 fl. 20 kr. das 3te 12 gr. 45 kr.

— — freymüthige Abhandlungen aus dem Gebiete der Polizey u. Staatswirthschaft, als Fortsetzung der Materialien, I. 18 Heft, enth. über das Studium der Kameralwissenschaft, gr. 8. 1804. 16 gr. 1 fl.

Gei-

Geigers, Joh. Burkh. und C. F. Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, 1r u. 2r Theil, gr. 8. 1792. 1 Rthlr. 10 gr. 2 fl. 12 kr.
Der 3te Theil erscheint zu Ostern 1806.

Glücks, C. F., ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, ein Commentar, 1r Band, 2te vermehrte Aufl. gr. 8. 1798. 1 Rthlr. 12 gr. 2 fl. 24 kr.

— — die Zusätze und Verbesserungen aus dem 1sten Theil besonders abgedruckt, für die Besitzer der 1sten Auflage, gr. 8. 8 gr. 30 kr.

— — Commentar 2r Band 2te vermehrte Ausgabe, gr. 8. 1801. 1 Rthlr. 12 gr. 2 fl. 24 kr.

— — die Zusätze und Verbesserungen, besonders, gr. 8. 1801. 10 gr. 40 kr.

— — Commentar 3r Band, 1ste Abtheil. 2te verm. Aufl. gr. 8. 1806. 18 gr. 1 fl. 12 kr.
Die 2te Abth. 2te verm. Aufl. erscheint zu Ostern 1806.

— — desselben 4r bis 6r Band, jeder in 2 Abtheilungen, gr. 8. 1800. jeder 1 Rthlr. 12 gr. 2 fl. 24 kr.

— — desselben 7ten Bandes 1ste Abtheilung, gr. 8. 1804. 18 gr. 1 fl. 12 kr.

— — hermenevtisch-system. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge nach den Grundsätzen des ältern und neuern römischen Rechts. Ein Beytrag zum Commentar, gr. 8. 1802. 1 Rthr. 8 gr. 2 fl.

— — Opuscula juridica, 4 Fasciculi, 8. maj. 1785 — 1790. (Fasc. I. 16 gr. 1 fl. Fasc. II. 1 Rthlr. 1 fl. 30 kr. Fasc. III. 16 gr. 1 fl. Fasc. IV. 16 gr. 1 fl. compl. 3 Rthlr. 4 fl. 30 kr.

Gönner, N. T., Entwicklung des Begriffs und der rechtlichen Verhältnisse deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten, gr. 8. 1800 14 gr. 54 kr.

— — Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erläuterung seiner wichtigsten Gegenstände, 2te vermehrte und verbesserte Auflage, 4 Bände, gr. 8. 1805. 8 Rthlr. 8 gr. 12 fl. 30 kr.

Hal-

Haltaus, Chr. Gottl., Jahrzeitbuch der Deutschen des Mittelalters, in einer freyen Uebersetzung mit vielen Zusätzen und Berichtungen aus ältern und neuern Zeiten, 4. 1797. 1 Rthlr. 8 gr. 2 fl.

Harl, J. Paul, Grundlinien einer Theorie des Staates, (der Staatswissenschaftslehre,) des Geldes und der Staatswirthschaft, wie auch der Erziehung und des Unterrichts, gr. 8. 1805. 9 gr. 36 kr.

— — Programma de genuina Politices ac Politicorum indole, 8. 1805. 4 gr. 15 kr.

— — Versuch einer Beantwortung der von der kursächsischen Leipziger ökonomischen Societät aufgegebenen Frage: Welches sind die besten Ermunterungsmittel zur Aufnahme des Ackerbaues? Eine im Jahr 1804 gekrönte, nunmehr mit vorzüglicher Rücksicht auf die ökonomische Litteratur ganz neu bearbeitete und sehr vermehrte Preißschrift. Nebst einer gleichfalls neuen Einleitung, welche den großen Werth und die Nothwendigkeit der Beförderung der Landwirthschaft zur Abwendung der drückenden Theurung und des daraus entstehenden Elendes, wie auch das Verhältniß des Ackerbaues zur Fabrikation und zum Handel historisch und politisch darstellt, für Staatswirthe, Oekonomen, Kameralisten und Polizeybeamte, gr. 8. 1806. 1 Rthlr. 12 gr. 2 fl. 15 kr.

Hauß, C. A., Versuch über den Werth des Gerichtsgebrauchs sowohl an den deutschen Territorial- als höchsten Reichsgerichten, 8. 1797. 6 gr. 24 kr.

Hornberger, J. Ph., Grundsätze der Kameralrechnungsführung, mit 13 Bogen Tabellen, gr. 8. 1 Rthlr. 4 gr. 1 fl. 45 kr.

Huchs, Fr. Aug., Versuch einer Litteratur der Diplomatik, 2 Thle. gr. 8. 1792. 1 Rthlr. 8 gr. 2 fl.

(Wird nicht vereinzelt.)

Kayserς, C. Ph., interessante Erzählungen aus Livius. Ein zum Verstehen ganzer Werke der römischen Klassiker zweckmäßig vorbereitendes Uebungsbuch für Anfänger im Lesen der Alten oder mittlere Klassen der Gymnasien, mit Rücksicht auf die neuesten Ereignisse ausgewählt, gr. 8. 1805. 1 Rthlr. 14 gr. 2 fl. 24 kr.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich <<von>>, / Mühlenbruch, Christian Friedrich, / Fein, Eduard,

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 3,1

Erlangen 1806

J.rom.c. 407 b-3,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11129693-1
VD18 10657126-002